

Familierecht en Jeugdrecht

Recente ontwikkelingen inzake het vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder. Capita selecta

Tim WUYTS
aspirant FWO-Vlaanderen

Inleiding

Het familie- en jeugdrecht maakt actueel het voorwerp uit van meerdere wetgevende ingrepen. Het verkrijgt daardoor als het ware een (noodzakelijke) 'opknapbeurt'. Reken daar nog de vele rechterlijke uitspraken van de hoogste rechtscollages in dit land en op Europees niveau bij, die ons recht evenzeer op fundamentele wijze beïnvloeden, dan is het begrijpelijk dat het opzet van deze bijdrage moet beperkt worden.

Niettemin en gelet op de verwachtingen die rijzen onder een titel als "recente ontwikkelingen in het familie- en jeugdrecht", wordt de bijdrage aangevat met een synthese van de wetgevende hervormingen die zich op dit vlak hebben afgespeeld sedert 2001. De bespreking hiervan blijft uiteraard beperkt tot de essentie. Voor het verdere verloop van deze bijdrage werd geopteerd om een aantal concrete en praktische ontwikkelingen van naderbij te analyseren. Het betreffen topics van vermogensbeheer die fundamenteel werden gewijzigd en waarmee de rechtspraktijk dagelijks wordt geconfronteerd.¹

I. Wetgevende ontwikkelingen in het Familierecht en Jeugdrecht

§1. Wetgevende ontwikkelingen van 2001 tot op heden

Tal van wetten hebben het familierecht en jeugdrecht een nieuw aangezicht gegeven. Te rekenen vanaf 2001, kunnen vooreerst de wetten van 27 maart en 29 april 2001² worden vermeld die het *voogdijrecht* en het *ouderlijk goederenbeheer* grondig hebben hervormd. Vrijwel alle bepalingen van het voogdijrecht werden vervangen. De meest ingrijpende wijzigingen zijn de afschaffing van de gedeeltelijke voogdij, de overdracht van de bevoegdheden van de familie-raad naar de vrederechter, de wijziging van de kenmerken van de voogdijopdracht, de ouder(s) werden op voet van gelijkheid geplaatst met een voogd wat betreft het verzoeken om een voorafgaande machtiging voor het stellen van bepaalde rechtshandelingen, de rol van toeziende voogd werd geherwaardeerd en de aandacht voor de persoon van de minderjarige nam toe.

Zoals stilaan gebruikelijk wordt, bleef het niet bij deze hervorming. Er rees kritiek op een aantal wijzigen en meer in het bijzonder op het feit dat ouder(s) op voet van gelijkheid werden geplaatst met een voogd wat betreft het verzoek tot voorafgaande machtiging om hun minderjarig kind te vertegenwoordigen in rechte als eiser. Het wetsvoorstel dat aanvankelijk slechts de rechtzetting van dit euvel beoogde, werd echter meteen aangegrepen voor de *reparatie* van een aantal bijkomende ongewenste gevolgen en onduidelijkheden die de hervorming met zich had meegebracht. Het resultaat was een volwaardige reparatie-

¹ Zie hierover uitgebreid: T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 314 p.

² B.S. 31 mei 2001.

wet³ die opnieuw een aantal fundamentele wijzigingen aanbracht aan het ouderlijk goederenbeheer en de voogdij. Het betreft o.a. de machtigingbehoevende handelingen, de territoriale bevoegdheid van de vrederechter, de belangen tegenstelling tussen ouders en kind en tussen ouders onderling, de blokkering van bepaalde geldsommen, enz.

Daaropvolgend was het *adoptierecht* aan de beurt. Bij de wetten van 13 maart en 24 april 2003⁴ werden de bepalingen inzake adoptie volledig vervangen.⁵ Het adoptierecht werd daarmee enerzijds aangepast aan de verplichtingen van het Verdrag van Den Haag van 29 mei 1993 inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie.⁶ Anderzijds werd het geactualiseerd, gerationaliseerd en vereenvoudigd, althans waar nodig. Voortaan is de adoptie een jeugdbeschermingsmaatregel, zijn zowel gehuwden als feitelijk samenwonenden, beiden alsnog van verschillend geslacht, bevoorrecht bij adoptie door twee personen en bij stiefouderadoptie, blijft de afstammingsband met de oorspronkelijke ouder na volle stiefouderadoptie uitdrukkelijk behouden, werden een aantal inhoudelijke waarborgen inzake interlandelijke adoptie opgenomen in het interne recht, enz. Voor de inwerkingtreding was het evenwel wachten tot 1 september 2005.⁷ Nog vóór de inwerkingtreding van het nieuwe adoptierecht werd de wet reeds meerdere malen gewijzigd.⁸ Ook na de inwerkingtreding wijzigde een wet retroactief een aantal (nieuwe) materiële bepalingen en het overgangsrecht opnieuw.⁹

Een ander beschermingsinstituut dat aan een opknapbeurt toe was, is het *voorlopig bewind*. Na een lange parlementaire voorbereidingsstocht werd bij wet van 3 mei 2003¹⁰ het voorlopig bewind grondig hervormd. Enkele belangrijke wijzigingen die werden aangebracht zijn de gelijkstelling van partners met echtgenoten op alle punten, de invoering van een tegensprekelijke procedure tot aanstelling van een bewindvoerder, de opwaardering van de bezoldiging en de rol van de vertrouwenspersoon, de verduidelijking van de (on)bekwaamheid

3 Wet van 13 februari 2003 tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de bescherming van de goederen van minderjarigen, *B.S.* 25 maart 2003, *err.* *B.S.* 13 april 2004.

4 *B.S.* 16 mei 2003, ed. 3.

5 Zie meer hierover: P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie. Commentaar op de Wetten van 13 maart en 24 april 2003 en het Decreet van 15 juli 2005*, Antwerpen, Intersentia, 2006, *ter perse*.

6 Aangenomen, na de goedkeuring ervan door de verschillende gemeenschappen, bij Wet van 24 juni 2004, *B.S.* 6 juni 2005.

7 Art. 25 Wet van 24 april 2003 j° art. 6 K.B. van 24 augustus 2005, *B.S.* 29 augustus 2005, ed. 2.

8 Zie volgende wetten: art. 139 Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *B.S.* 27 juli 2004; art. 241-248 en 259-263 Programmwet van 27 december 2004, *B.S.* 31 december 2004; art. 9-10 Wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 29 juli 2005.

9 Wet 6 december 2005 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de adoptie, *B.S.* 16 december 2005.

10 *B.S.* 31 december 2003.

van de beschermde persoon inzake giften en huwelijkscontracten en de actualisering van de lijst machtigingbehoevende handelingen.

Uiteindelijk werd ook deze hervorming reeds gerepareerd, zij het ten dele. Bij wet van 15 juni 2005¹¹ werden de onduidelijkheden omtrent de aanvaarding van een nalatenschap of een legaat, die rezen na de wet van 3 mei 2003, opgeklaard. De desbetreffende bepalingen werden daartoe afgestemd op de vergelijkbare bepalingen inzake voogdij (art. 410, § 1, 5° en 6° B.W.).

§2. En de nabije toekomst?

Aan de hervormingsgolf lijkt geen einde te komen. Recent werden twee wetsvoorstellen aangenomen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers die beogen enerzijds het adoptierecht toegankelijk te maken voor koppels van gelijk geslacht¹² en anderzijds het afstammingsrecht grondig te hervormen.¹³ Daarnaast worden actueel grondige besprekingen gevoerd omtrent de invoering van een schuldloze echtscheiding.¹⁴

II. Kenmerken en knelpunten van de lijst machtigingbehoevende handelingen

De hervormingen van het ouderlijke goederenbeheer, de voogdij en het voorlopige bewind hebben het machtigingssysteem grondig herzien. Opvallend daarbij is dat voor de hervorming van het ouderlijk goederenbeheer en de voogdij op dit punt werd teruggegrepen naar het voorlopig bewind, terwijl de hervorming van het voorlopig bewind op zijn beurt (mede) werd geïnspireerd door de nieuwe bepalingen inzake ouderlijk goederenbeheer en voogdij. Een volledige gelijkstelling werd evenwel niet bereikt. De *ratio* en de kenmerken van het machtigingsvereiste werden weliswaar gelijkgeschakeld, wat betreft de concrete lijst van machtigingbehoevende rechtshandelingen blijven er echter nog verschillen bestaan.¹⁵

¹¹ B.S. 30 juni 2005, ed. 2.

¹² Wetsontwerp tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-664/10, geëvoceerd door de Senaat op 9 november 2005: *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-1402/1.

¹³ Wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-597/34, geëvoceerd door de Senaat op 14 december 2005: *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-1460/1.

¹⁴ Zie over deze voorstellen meer: K. UYTTERHOEVEN en T. ROBERT, "Naar de invoering van een schuldloze echtscheiding in België: het bos en de bomen...", *E.J.* 2005, 78-84.

¹⁵ Bv. wat betreft de burgerlijke partijstelling: zie T. WUYTS, "Recente ontwikkelingen inzake het goederenbeheer door de ouder(s), de voogd en de voorlopige be-

Hierna worden de algemene kenmerken van de lijst machtigingbehoevende handelingen van naderbij onderzocht. Telkens wordt daarbij stilgestaan bij een aantal concrete gevolgen van deze kenmerken voor de rechtspraktijk. Het komt de verstandige beheerder en actoren betrokken bij het beheer toe om naast een kort onderzoek naar de bevoegdheden van de beheerder, na te gaan of een bepaalde (complex geheel van) rechtshandeling(en) machtiging behoeven, daarbij deze algemene kenmerken indachtig.

§1. Voorafgaand

A. Beginsel

De *ratio* van het machtigingssysteem houdt in dat een voorgenomen materiële rechtshandeling of proceshandeling die over het algemeen¹⁶ een belangrijke impact kan hebben op het vermogen van de beschermde persoon, voorafgaandelijk moet worden getoetst door de vrederechter aan het belang dat de beschermde persoon heeft bij het stellen van die rechtshandeling of proceshandeling. Het machtigingssysteem vormt op die manier als het ware een preventieve controle op het beheer en behoedt de beschermde persoon ervoor dat er handelingen door zijn beheerder worden gesteld die tot catastrofale gevolgen zouden (kunnen) leiden. De beheerder kan zonder die machtiging de voorgenomen rechtshandeling niet stellen. Het handelen zonder voorafgaande machtiging kan niet *post factum* worden geregulariseerd¹⁷ en wordt gesanctioneerd door de relatieve nietigheid ervan.

B. Gevolgen

Het belangrijkste gevolg is dat de beschermde persoon op generlei wijze reeds vóór het verlenen van de machtiging gebonden mag zijn tot het stellen van de voorgenomen machtigingbehoevende rechtshandeling. Ook de krijtlijnen mogen niet op gebiedende wijze zijn vastgelegd. Dit impliceert dat de vrederechter een beoordelingsmarge moet behouden, zoniet wordt zijn controle beperkt tot het verlenen of weigeren van de machtiging. Hij wordt als het ware voor een voldongen situatie geplaatst.¹⁸ Er wordt aangenomen dat de vrederechter vrijelijk moet kunnen oordelen over het belang van de rechtshandeling voor de beschermde persoon en een zeggenschap moet behouden over de krijtlijnen er-

windvoerder", in P. SENAËVE (ed.), *Themis Personen- en familierecht, Opleidingsonderdeel nr. 25*, Brugge, die Keure, 2004, (29), p. 37, nr. 22.

¹⁶ Dit is niet steeds het geval nu *elke* vervreemding bij voorlopig bewind, alsook elke vervreemding bij ouderlijk gezag en voogdij behoudens vruchten en onbruikbare voorwerpen, machtiging behoeft.

¹⁷ Zie bv. Vred. Roeselare 30 november 2004, *T. Vred.* 2005, 516, noot, *in casu* betrof het een door de ouders namens de minderjarige ondertekende dadingsovereenkomst waarbij geen voorbehoud werd gemaakt van het ontvangen van de wettelijk noodzakelijke machtiging.

¹⁸ Zie bv. Vred. Westerlo 19 november 2001, *R.W.* 2002-03, 1028, noot; Vred. Westerlo 8 november 2004, *NjW* 2005, 1275, noot GV.

van. Dit houdt in dat de vrederechter bepaalde voorwaarden moet kunnen hechten aan zijn machtiging die verzekeren dat het belang van de beschermde persoon optimaal wordt verdedigd.

C. Praktische moeilijkheden en oplossingen

Van belang in dit verband is vooreerst de vraag of het machtigingsvereiste bevoegdheidverlenend is of slechts een toetsing van/controle op de uitoefening van een bevoegdheid vormt? De eerste opvatting leidt ertoe dat ingeval de beheerder een machtigingbehoevende rechtshandeling stelt zonder voorafgaande machtiging, de beschermde persoon niet gebonden is door deze handeling. Aangezien unaniem wordt aangenomen dat de sanctie op het stellen van een handeling zonder voorafgaande machtiging, de relatieve nietigheid is van deze handeling, verdient de tweede opvatting de voorkeur. De rechtshandeling bestaat immers en is afdwingbaar tot zolang de nietigverklaring niet werd gevorderd en bekomen.

Een eerste praktische moeilijkheid die onder de loep wordt genomen is de onderhandse verkoop van een onroerend goed dat in volle eigendom uitsluitend toebehoort aan een beschermde persoon. Overeenkomstig resp. art. 410, § 2, 1^{ste} lid en art. 488*bis*, g) B.W. worden onroerende goederen toebehorend aan een beschermde personen in beginsel in het openbaar verkocht. Indien dit het belang van de beschermde persoon dient, kunnen deze goederen bij uitzondering uit de hand worden verkocht. Het verzoekschrift dient de redenen te omvatten die aantonen dat het belang van de beschermde persoon hierdoor beter gediend is. Bij dit verzoekschrift moet een notarieel ontwerp van de verkoopovereenkomst worden gevoegd. In de praktijk wordt er aan het verzoekschrift ook vaak een schattingsverslag van een deskundige-landmeter toegevoegd. De vrederechter kan bovendien zelf de nodige inlichtingen inwinnen, inzonderheid het advies van eenieder die hij daartoe geschikt acht (art. 410, § 2, 2^e lid en art. 488*bis*, f), § 3 B.W.) en aldus ook dat van een deskundige-landmeter.¹⁹ De bevindingen van de deskundige worden vergeleken met de voorgestelde verkoopprijs. De wet staat de vrederechter uitdrukkelijk toe om een minimumverkoopprijs te bepalen (art. 1193*bis* Ger. W.).

Het voorafgaande karakter van het machtigingssysteem laat de vrederechter toe om de volledige inhoud van de ontwerp-verkoopovereenkomst te toetsen aan het belang van de beschermde persoon en desgevallend zijn machtiging afhankelijk te stellen van de naleving van bepaalde voorwaarden. Het komt de vrederechter immers toe om de machtiging te weigeren indien de voorgenomen rechtshandeling niet het belang dient van de beschermde persoon. *A fortiori* wordt aangenomen dat hij dan ook de voorgenomen rechtshandeling kan machtigen mits naleving van welbepaalde voorwaarden die er uiteindelijk voor zorgen dat het belang van de beschermde persoon gediend is met de voorge-

¹⁹ Zie bv. Vred. Brugge 25 oktober 2004, *T. Vred.* 2005, 505, noot.

nomen rechtshandeling.²⁰ Nadat de machtiging werd bekomen wordt dan uiteindelijk de koopovereenkomst afgesloten.

Twee punten zijn derhalve van belang bij het onderzoek naar de eerbiediging van het vereiste van het voorafgaand karakter:

1° de gebondenheid van de beschermde persoon;

2° de beoordelingsruimte van de vrederechter.

Vraagstuk 1: Kan een verkoop uit de hand plaatsvinden onder de opschortende voorwaarde van het bekomen van de machtiging?

Het antwoord op deze vraag wordt in de rechtsleer over het algemeen *negatief* beantwoord. Vooreerst kan worden opgemerkt dat in deze situatie de koop reeds definitief is afgesloten vóór het bekomen van de machtiging. De koop is immers een consensuele overeenkomst die tot stand komt van zodra er wils-overeenstemming bestaat over de zaak en de prijs (cf. art. 1138 B.W.). De voorwaarde bepaalt de uitvoerbaarheid van de overeenkomst, maar belet niet dat ze hangende de voorwaarde bestaat. Dit heeft tot gevolg dat een reeds definitieve koopovereenkomst wordt voorgelegd ter beoordeling aan de vrederechter, zodat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel dat de machtiging voorafgaandelijk moet worden verleend. Het betreft dan ook geen ontwerp-verkoopovereenkomst meer, maar reeds een eigenlijke koopovereenkomst. Ten slotte wordt de vrederechter voor een voldongen feit geplaatst: machtigen of niet. Hij verliest hierdoor zijn door de wet toegekende beoordelingsvrijheid en kan zijn machtiging niet meer afhankelijk stellen van de naleving van welbepaalde voorwaarden zoals bv. de weglating van een clause van ambtshalve ontslag van de inschrijving van een hypotheek tot voldoening van de verkoopprijs²¹ (art. 36 Hyp. W.) of de vastlegging van een minimumprijs.

Uit het vereiste dat de machtiging voorafgaandelijk moet worden verleend, volgt derhalve dat de koper slechts zeker is van de koop op het ogenblik dat de koopovereenkomst wordt afgesloten *nadat* de machtiging werd bekomen. Tot dat tijdstip, waardoor de koper er alle belang bij heeft dat de koopovereenkomst een vaste datum heeft, beschikken derden die evenzeer geïnteresseerd zijn in de aankoop van dat goed, over een aantal mogelijkheden.

²⁰ Indien de vrederechter de verkoop machtigt onder bepaalde voorwaarden, bv. een hogere prijs, wordt in geval van akkoord van de koper voorafgaandelijk aan het verlijden van de akte een exemplaar voorgelegd aan de rechter zodat die de nodige machtigen kan verlenen en gebeurlijk de ontwerpkte 'ne varietur' kan tekenen: zie bv. Vred. Brugge 25 oktober 2004, *aangeh.*

²¹ Zie bv. voorheen bij voorlopig bewind: Vred. Westerlo 9 april 2002, *T. Vred.* 2004, 198; Vred. Westerlo 26 april 2002, *R.W.* 2003-04, 1699; bij voorlopig bewind moet dit na de hervorming, gelet op het bijzondere karakter van het machtigingsstelsel en art. 488bis, f), § 3, c) B.W., afzonderlijk worden gemachtigd: zie bv. Vred. Zomergem 20 april 2005, *T. Not.* 2005, 616. Uit voorgaande gepubliceerde vonnissen blijkt echter dat vrederechters daar zeer weigerachtig tegenover staan, nu dit in geen geval het belang van de beschermde persoon zou dienen.

Vóór het verzoek tot machtiging kunnen derden de beheerder aanbieden het goed tegen betere voorwaarden aan te kopen. Het komt de verstandige beheerder toe om alle aanbiedingen aan de vrederechter voor te leggen, zodat deze vrij kan kiezen welke het best het belang van de beschermde persoon dient.

Tijdens het verzoek tot machtiging kunnen derden aanbieden het goed aan te kopen tegen betere voorwaarden (art. 812 Ger. W.). In die situatie dient de vrederechter de machtiging tot verkoop tegen de in het ontwerp-verkoopakte voorgestelde voorwaarden te weigeren, nu deze niet het belang van de beschermde persoon dient.

Indien de machtiging reeds werd verleend, doch de koopovereenkomst werd nog niet op een aan derden tegenwerpbare wijze afgesloten, kan er derdenverzet (art. 1033 Ger. W.) worden aangetekend strekkende tot nietigverklaring van die machtiging (cf. art. 1034 j° art. 1122 e.v. Ger. W.).²²

Wat mag de beheerder dan wel doen vóór het bekomen van de machtiging? Vooreerst kan worden opgemerkt dat een *verkoopbelofte* eveneens, gelet op het voorafgaande karakter van het machtigingsvereiste, is uitgesloten. De verkoper-beschermde persoon zou zich immers verbinden om het goed te verkopen tegen bepaalde voorwaarden zonder dat daarvoor reeds machtiging werd verleend, waardoor de vrederechter voor een voldongen feit wordt geplaagd. Bij weigering van de machtiging komt de contractuele aansprakelijkheid van de beschermde persoon in het gedrang.

Een mogelijkheid, die wellicht in de praktijk weinig succes kent, is de *aankoopbelofte*. Dit houdt in dat de koper er zich toe verbindt om een bepaald goed tegen de voorwaarden opgenomen in de ontwerp-koopovereenkomst aan te kopen, eventueel binnen een bepaalde termijn. Dit heeft tot gevolg dat de beschermde persoon vóór de machtiging op generlei wijze is gebonden door de overeenkomst en de vrederechter aldus een beslissingsvrijheid behoudt. Het nadeel bij de aankoopbelofte is echter dat de beslissingsvrijheid van de vrederechter ook hier zeer beperkt is: machtiging of niet.

Een andere mogelijkheid bestaat erin om tussen verkoper en koper, alvorens de machtiging wordt verleend, een *voorkeurovereenkomst* (of voorkeurbeding) af te sluiten.²³ Bij deze vorm van overeenkomst verbindt de verkoper er zich toe om een bepaald goed gedurende een beperkte tijd eerst aan te bieden aan de titularissen van het voorkeurecht. Dit heeft tot gevolg dat de beschermde persoon geenszins verplicht is over te gaan tot verkoop, behoudens in geval van rechtsmisbruik. Een mogelijke variant daarbij is dat bij machtiging van een hoger bod, er gestipuleerd kan worden dat dit bod pas kan worden aanvaard na het aan de titularis van het voorkeurecht te hebben meegedeeld die het voorkeurecht tegen de in dit bod bepaalde prijs kan uitoefenen. De vrederechter behoudt aldus een ruime beoordelingsbevoegdheid.

²² Zie bv. Luik 5 januari 1990, *Pas*. 1990, II, 138; *Rev. rég. dr.* 1990, 238; *J.L.M.B.* 1990, 722 en *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 120.

²³ Zie voor de juridische kwalificatie: Cass. 24 januari 2003, *R.W.* 2005-06, 706, noot A. VAN OEVELEN.

Een laatste mogelijkheid bestaat erin te bedingen dat de beheerder de verplichting op zich neemt om een zo volledig mogelijk verzoek tot machtiging van de voorgenomen koop uit de hand indient, binnen een bepaalde tijdsspanne. Op die manier is de beschermde persoon evenzeer niet verplicht over te gaan tot verkoop van het betreffende goed en behoudt de vrederechter zijn beoordelingsmarge.

Ten slotte zij erop gewezen dat het aanwenden van de rechtsfiguur van de *sterkmaking* een zeer riskante onderneming is. Bij *sterkmaking* verbindt de beheerder zich persoonlijk tot een resultaatsverbintenis. De *sterkmaking* moet worden bekrachtigd, zoniet riskeert de beheerder contractueel aansprakelijk te worden gesteld. Daarenboven is de aanwending van de rechtsfiguur van de *sterkmaking* ook verwerpelijk, nu het een omzeiling van het door de wet georganiseerde beschermingssysteem tot gevolg heeft.

Vraagstuk 2: Wat indien de overledene wiens nalatenschap toekomt aan een beschermde persoon reeds het verkoopscapromis heeft ondertekend?

In de geviseerde situatie is de koopovereenkomst reeds definitief afgesloten. De koop komt immers tot stand op het ogenblik dat er wilsovereenstemming bestaat over de zaak en de prijs (art. 1138 B.W.). Dit heeft tot gevolg dat er geen machtiging meer vereist is voor de ondertekening van de authentieke koopovereenkomst.²⁴ Hetzelfde geldt uiteraard ook voor een onderschreven eenzijdige verkoopbelofte of indien het bewijs wordt geleverd van een vooraf bestaande mondelinge wederkerige verkoopbelofte.

*Vraagstuk 3: Kan een aankoop van een onroerend goed op een openbare ver-
koop in naam en voor rekening van een beschermde persoon geschieden?*

Overeenkomstig het voorafgaande karakter van het machtigingsvereiste moet de machtiging tot aankoop eerst worden bekomen. Indien de machtiging wordt verleend, kan de vrederechter best het bod van de bieder beperken tot een maximum plafond.

Is een aankoop van een onroerend goed alvorens machtiging werd verleend dan volkomen uitgesloten? Het antwoord op deze vraag luidt negatief. Het onderscheid met de verkoop van een onroerend goed is erin gelegen dat bij aankoop de mogelijkheid blijft bestaan dat een derde de verbintenis tot aankoop op zich neemt. Een onroerend goed dat toebehoort aan de beschermde persoon

²⁴ Vgl. Vred. Braine-l'Alleud 31 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 229, noot, alwaar beide ouders een compromis m.b.t. de aankoop van een onroerend goed hadden ondertekend en de moeder overleed voordat de authentieke akte werd verleden; zie bv. Vred. Bastogne-Neufchâteau 11 maart 2004, *T. Vred.* 2005, 488, alwaar de vrederechter echter oordeelde dat de voorlopige bewindvoerder wel moet worden gemachtigd om volledig en rechtsgeldig kwijting te geven voor de prijs van de verkoop van de onroerende rechten die de beschermde persoon toebehoren zoals zij zijn omschreven in de koopovereenkomst.

kan immers niet worden verkocht door een derde, terwijl de prijs voor de aankoop van een onroerend goed wel door een derde kan worden voldaan. Bijgevolg moet het mogelijk zijn om een goed aan te kopen in naam en voor rekening van een beschermde persoon onder de bijkomende verbintenis dat de beheerder een volledig verzoek tot machtiging binnen een welbepaalde termijn instelt, en bij weigering van de machtiging, het goed aankoopt in eigen naam en voor eigen rekening. Daarenboven vereist de wet niet de voorlegging van een ontwerp-koopovereenkomst ter beoordeling van het belang van de beschermde persoon. Dit is in de geviseerde situatie ook vrijwel uitgesloten.

Voor de kritiek op de sterkmaking, zie hoger nr. 16.

§2. *Limitatief*

Voortaan is er enkel machtiging nodig voor de rechtshandelingen die limitatief opgesomd staan in de lijst opgenomen in art. 410 en art. 488*bis*, f) B.W. Dit heeft tot gevolg dat het traditionele onderscheid dat bij voogdij werd gemaakt tussen daden van beschikking en daden van beheer, niet meer relevant is bij de beoordeling of een voorgenomen rechtshandeling machtiging behoeft. Komen bijvoorbeeld niet in de lijst met machtigingbehoevende handelingen voor en vereisen bijgevolg ook geen voorafgaande machtiging: het verstrekken van een lening²⁵, het sluiten van een overeenkomst strekkende tot een minnelijke medische expertise²⁶ en de goedkeuring van een minnelijke verdeling²⁷.

Er dient echter te worden opgemerkt dat het limitatieve karakter juist moet worden begrepen. Ook handelingen die eenzelfde resultaat tot gevolg hebben, vallen eronder. Enkele voorbeelden zullen dit verduidelijken.

Vooreerst dient onder 'vervreemden' niet enkel 'verkopen' te worden begrepen, maar ook: de inbreng in een vennootschap, de vestiging van een zakelijk recht, de ruil, het bedingen van een tontine, de afkoop van een (levens)verzekeringsovereenkomst²⁸, enz.

Ten tweede dient onder de 'aankoop van een onroerend goed' ook de aankoop op lijfrente, de aankoop van een onroerend goed in opbouw, de aankoop van een woning op plan, enz. te worden verstaan.

²⁵ Hierover bestaat geen consensus in de rechtsleer. Sommige auteurs zijn van oordeel dat gelet op de risico's en het gewichtige karakter van deze handeling, er toch om een voorafgaande machtiging moet worden verzocht; zie meer uitgebreid: T. WUYTS, *o.c.*, nr. 165, p. 94-95.

²⁶ Zie bv. Pol. Brugge 11 april 2005, *R.W.* 2005-06, 631, noot D. SIMOENS.

²⁷ Zie bv. Vred. Mol 26 mei 2005, *T. Vred.* 2005, 534.

²⁸ Zie bv. Beslagr. Brussel 24 november 2004, *R.W.* 2004-05, 1632, noot en *T. Not.* 2005, 369.

Ten slotte omvat 'het aangaan van een lening', het sluiten van alle kredietovereenkomsten met inbegrip van herfinancieringsovereenkomsten²⁹.

Er kan ook worden opgemerkt dat in het verzoek tot machtiging alle modaliteiten moeten worden opgenomen, bv. ook een beding van hoofdelijke gehoudenheid of een beding van ontslag van ambtshalve inschrijving bij ouderlijk gezag en voogdij.

§3. Bijzonder

Het bijzondere karakter brengt met zich mee dat voor iedere voorgenomen machtigingbehoevende rechtshandeling, de machtiging afzonderlijk moet worden verzocht en verleend. Bij een complex geheel van rechtshandelingen vergt dit een nauwkeurige controle. De machtigingen kunnen worden verzocht in eenzelfde verzoekschrift.

Enkele voorbeelden:

- Voor de aankoop van een onroerend goed waarvoor een hypothecaire lening moet worden afgesloten zijn volgende machtigingen vereist:

1° machtiging tot aankoop van het onroerend goed;

2° machtiging tot het aangaan van een lening;

3° machtiging tot het vestigen van een hypotheek.

- Voor de voortzetting van een handelszaak verkregen ingevolge de aanvaarding van een nalatenschap:

1° machtiging tot het aanvaarden van de nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving;

2° machtiging tot het voortzetten van de handelszaak.

III. Beschermingsmechanismen tegen wanbeheer door ouder(s)

De wet van 29 april 2001 heeft het ouderlijk goederenbeheer grondig hervormd. De gedeeltelijke voogdij die werd ingericht wat betreft het beheer van de goederen van de minderjarige ingeval er slechts één ouder was of overbleef, werd afgeschaft. Hierna wordt onderzocht welke beschermingsmechanismen de wetgever heeft ingelast om wanbeheer door [de] ouder(s) te voorkomen.

²⁹ Vgl. bv. ook voor de verhoging van een kredietopening: Vred. Braine-l'Alleud 10 maart 2003, *T. Vred.* 2004, 228, noot en de verhoging van een hypothecaire zekerheid: Vred. Braine-l'Alleud 15 april 2003, *T. Vred.* 2004, 234, noot.

§1. Het opstellen van een boedelbeschrijving

De ouder(s) die het ouderlijk gezag uitoefenen, hebben het vruchtgenot over in beginsel alle goederen die toebehoren aan hun minderjarig kind (art. 384 B.W.). Als vruchtgebruikers van deze goederen rust er op hen de verplichting om een boedelbeschrijving van de roerende en een staat van de onroerende goederen op te maken (art. 600 B.W.).

Daarnaast kan de aanvaarding van een nalatenschap die toekomt aan hun minderjarig kind slechts plaatsvinden onder voorrecht van boedelbeschrijving (art. 378, § 1 j° art. 410, § 1, 5° B.W.). De vrederechter houdt voortaan toezicht op de naleving van deze formaliteiten (art. 793, 3^{de} lid B.W.).

De boedelbeschrijving kan van belang zijn voor de rekenschap en verantwoordingsverplichting van de ouder(s) en aantonen dat er bepaalde goederen die toekomen aan het inmiddels meerderjarige kind verdwenen zijn.

§2. Verzoeken om machtiging voor het stellen van bepaalde rechtshandelingen

De wet van 29 april 2001 heeft de ouders op voet van gelijkheid geplaatst met een voogd voor wat betreft het stellen van bepaalde rechtshandelingen, opgenomen in een limitatieve lijst (art. 378, 1^{ste} lid j° art. 410, § 1 B.W.). Er gelden slechts twee uitzonderingen hierop. *Vooreerst* behoeven de ouders geen machtiging voor de aanvaarding van een schenking (art. 935, 3^{de} lid B.W.). *Ten tweede* heeft de reparatiewet van 13 februari 2003 de ouder(s) bijkomend vrijgesteld van een verzoek tot machtiging voor het optreden in rechte als eiser namens de minderjarige.

Voor alle andere rechtshandelingen opgesomd in de lijst machtigingbehoevende handelingen behoeven de ouder(s) aldus evenzeer een voorafgaande machtiging zoals een voogd. De vrijwel volledige gelijkstelling op dit punt wordt door sommige auteurs en vrederechters vanuit een mensenrechtelijk perspectief in vraag gesteld.³⁰

§3. Belangentegenstelling

De wetgever heeft trachten te voorkomen dat ouder(s) bepaalde rechtshandelingen in strijd met de belangen van hun kind, en slechts ter voldoening van een eigen belang, zouden stellen. In die zin bepaalt art. 378, § 1, 6^{de} lid en § 2 B.W. dat ingeval de belangen van de ouder(s) strijdig zijn met die van het kind, de vrederechter of de rechter bij wie de zaak aanhangig is op verzoek van iedere belanghebbende of zelfs amtsshalve een voogd *ad hoc* kan aanstellen. Dit wordt nogmaals herhaald bij de aanvaarding van een nalatenschap onder voor-

³⁰ Vred. Kortrijk 11 mei 2004, R.W. 2004-05, 1558, op dit punt goedkeurende noot F. SWENNEN.

recht van boedelbeschrijving (art. 793, 3^{de} lid B.W.). Uiteindelijk vormt deze regelgeving een concretisering van het algemeen rechtsbeginsel dat diegene die voor rekening van een ander rechtshandelingen moet stellen daarbij niet mag optreden als tegenpartij van die andere.³¹

Aangenomen wordt dat de draagwijdte van art. 378, § 1, 6^{de} lid B.W. *niet* is beperkt tot machtigingbehoevende rechtshandelingen³², maar wel tot rechtshandelingen die verband houden met het beheer van de goederen van de minderjarige.³³

Teneinde de uitvoering van de gemachtigde rechtshandeling te verzekeren, werd ook een regeling bij belangentegenstelling tussen de ouder(s) *onderling*, die ingeval zij gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen ook gezamenlijk de minderjarige vertegenwoordigen, uitgewerkt (art. 378, § 1, 5^{de} lid B.W.). De vrederechter kan naast de voorgenomen machtigingbehoevende rechtshandeling ook meteen het alleenoptreden van één van de ouders machtigen. Betwist is de vraag of de vrederechter ook bevoegd is om het alleenoptreden te machtigen ingeval de belangentegenstelling rijst nadat de machtiging werd verleend.

§4. Blokkering van bepaalde geldsommen

De wet legt de verplichting op om bepaalde geldsommen en waarden op een rekening van de minderjarige te plaatsen die *onbeschikbaar* wordt gemaakt tot de meerderjarigheid en zulks onverminderd het recht op wettelijk genot. Bij uitzondering kan er alsnog over deze gelden worden beschikt indien de vrederechter de ouder(s) daartoe machtigt (art. 378, § 1 j° art. 410, § 1, 14° B.W.).

Het betreft vooreerst geldsommen die aan de minderjarige toekomen op grond van een *rechterlijke beslissing* (art. 379, 2^{de} lid B.W.). De rechter is voortaan verplicht de blokkering van deze gelden *ambtshalve* te bevelen en kan evenmin meer oordelen over de bestemming van deze gelden.

Ten tweede moeten fondsen en waarden die krachtens een aanvaarde *nalatenschap* toekomen aan de minderjarige, eveneens op een geblokkeerde rekening worden geplaatst (art. 776 B.W.).

Ten slotte, wat de wetgever weliswaar laattijdig heeft ingezien, blijven gelden die door een *beslissing van de familieraad* genomen vóór de inwerkingtreding van de wet van 29 april 2001, onbeschikbaar werden verklaard, op een geblokkeerde rekening geplaatst (art. 410, § 1, 14° B.W.).

³¹ Cass. 18 maart 2004, *R.W.* 2004-05, 303, noot A. SMETS.

³² Zie bv. Vred. Roeselare 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-03, 1313.

³³ Zie bv. Vred. Westerlo 9 maart 2004, *T. Vred.* 2004, 220 en *R.W.* 2004-05, 1111, kritische noot F. SWENNEN.

§5. Algemeen en bijzonder toezicht: art. 387bis B.W. en art. 376, 4^{de} lid B.W.

Uit art. 387bis B.W. leidt de rechterlijke macht de bevoegdheid af om, in het belang van het kind, de manier waarop ouders hun ouderlijke bevoegdheden uitoefenen, te controleren. Dit kan o.m. betrekking hebben op de controle op de aanwending van bepaalde geldsommen. Over de titularis van deze vordering bestaat onenigheid in de rechtspraak. Vast staat dat elk van beide ouders alsook het openbaar ministerie³⁴ steeds kan optreden. Het is evenwel niet duidelijk of ook derden, inzonderheid de grootouders, over deze bevoegdheid beschikken.

Daarnaast beschikt de ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, over het recht om toezicht te houden op het beheer (art. 376, 4^{de} lid B.W.). Teneinde dat recht uit te oefenen, kan hij bij degene die het gezag uitoefent en bij derden (bv. banken en schooldirecties), alle nuttige informatie inwinnen. Ingeval hij het niet eens is met een bepaalde beslissing of handeling, kan hij zich steeds tot de jeugdrechtsbank wenden die oordeelt in 'het belang van het kind'.³⁵ Dit gaat echter niet op bij een machtigingbehoevende handeling, waarbij de ouder die niet belast is met het beheer, steeds moet worden opgeroepen en partij wordt in het geding (art. 378, § 1, 4^{de} lid B.W.).

§6. Voorwaardelijke machtiging

Er wordt aangenomen dat nu de vrederechter een machtigingbehoevende rechtshandeling kan machtigen of niet, hij ook over de mogelijkheid beschikt om zijn machtiging afhankelijk te stellen van de naleving van een aantal voorwaarden, zoals de bepaling van de bestemming van het kapitaal³⁶, het schrappen van een aantal clausules in een verkoopovereenkomst, de bepaling van een termijn waarbinnen de voorgenomen machtigingbehoevende handeling moet worden gesteld, enz.

§7. Uitsluiting van het vruchtgenot

Overeenkomstig art. 387 B.W. vallen de goederen die geschonken of vermaakt worden onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de ouder(s) daarvan het genot niet zullen hebben, buiten het wettelijk vruchtgenot van de ouder(s). Volgens een meerderheid in de rechtsleer kan deze uitsluiting bij testament ook slaan

³⁴ Zie ook de vorderingsmogelijkheden van het O.M. bij toepassing van art. 138, 6de lid Ger. W.

³⁵ Zie daarover P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004 – 8ste ed., nrs. 1104-1105.

³⁶ Zie bv. Vred. Braine-l'Alleud 17 oktober 2002, *T. Vred.* 2004, 224, noot alwaar de vrederechter de verkoop van aandelen machtigde onder de voorwaarde de tegenwaarde van de aandelen op de respectievelijke spaarrekeningen van de minderjarige kinderen te storten teneinde de fondsen op lange termijn te plaatsen.

op de reserve van het kind, nu de reserve er is voor het kind-reservatair en niet voor zijn ouders.³⁷

Naar luid van art. 618 B.W., dat eveneens van toepassing is op het ouderlijk vruchtgenot, neemt het vruchtgebruik ook een einde door het misbruik dat de vruchtgebruiker maakt van zijn genot.

Ten slotte bepaalt art. 730 B.W. dat indien de minderjarige uit eigen hoofde tot de nalatenschap wordt geroepen omwille van de onwaardigheid van zijn ouder, deze ouder geen aanspraak kan maken op het vruchtgebruik van dit goed.

§8. Rekening en verantwoordingsverplichting

Overeenkomstig art. 379, 1^{ste} lid B.W. zijn de ouder(s) die belast zijn met het beheer van de goederen van hun minderjarig kind rekening en verantwoording verschuldigd wat de eigendom en de opbrengsten van de goederen waar ze niet het genot van hebben, en wat betreft de eigendom alleen, van de goederen waar hun volgens de wet het genot van toekomt. Deze bepaling werd door de voorbije hervormingen niet gewijzigd.

De ouders zijn slechts rekening en verantwoording verschuldigd ingeval daarom wordt verzocht. De verplichting rust op beiden. Dit kan pas worden gevraagd op het tijdstip van meerderjarigheid, of vroeger, in geval van ontvoogding. Er bestaat echter wel de mogelijkheid om reeds tijdens het beheer, in het kader van een andere procedure, te laten vaststellen dat de beheerder zijn bevoegdheden te buiten is gegaan door een daad te plegen die schadelijk is voor de belangen van de minderjarige.³⁸

IV. De aanvaarding van een nalatenschap anno 2006

Na de hervorming van het voorlopig bewind bij wet van 3 mei 2003 leek het erop dat de wetgever een nieuwe rechtsfiguur had ingevoerd, nl. de verwerping van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving. Ook bleef onduidelijk wat er precies onder 'legaat' in de zin van art. 488bis, f), § 3 moest worden begrepen: zowel algemene legaten, legaten te algemene titel als bijzondere legaten? Daarbij komt nog de onzekerheid die er bestond omtrent de aanvaarding van een nalatenschap. Kan een nalatenschap zonder machtiging al dan niet onder voorrecht van boedelbeschrijving worden aanvaard?

Die onzekerheid had tot gevolg dat sommige auteurs en vrederechters³⁹ van oordeel waren dat er best toch nog een machtiging voor de aanvaarding van

³⁷ P. SENAËVE, "Art. 387 B.W.", in *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., (1987), nr. 7.

³⁸ Cass. 14 oktober 1957, *Arr. Cass.* 1958, 79.

³⁹ Zie Vred. Sprimont 31 augustus 2004, rolno. 03B174, *aangeh.* door P. MOREAU, "Interprétation de l'article 488bis, f), § 3, alinéa 2, e du code civil sous bénéfice

een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving kon worden gevraagd, alsook dat sommige vrederechters van oordeel waren dat de zuivere verwerping geen voorafgaande machtiging meer behoeft.⁴⁰

Bij wet van 15 juni 2005 heeft de wetgever uiteindelijk duidelijkheid gecreëerd door de bepalingen van het voorlopig bewind af te stemmen op de gelijkaardige bepalingen inzake voogdij. Derhalve behoeven vanaf 30 juni 2005 zowel de verwerping als de aanvaarding van een nalatenschap een voorafgaande machtiging. De aanvaarding kan slechts gebeuren onder voorrecht van boedelbeschrijving; een zuivere aanvaarding blijft aldus uitgesloten, aangezien dit ook strijdig is met een zorgvuldig beheer.⁴¹ Daarnaast wordt de aanvaarding of verwerping van algemene legaten en legaten onder algemene titel gemachtigd zoals een nalatenschap en kan de aanvaarding slechts plaatsvinden onder voorrecht van boedelbeschrijving. De bijzondere legaten worden afzonderlijk gemachtigd.

V. Schenkingen en testamenten bij voorlopig bewind

§1. Giften door de beschermde persoon zonder voorafgaande machtiging

Sommige auteurs⁴² zijn van oordeel dat de onder voorlopig bewind geplaatste personen voortaan voor *iedere* gift een machtiging behoeven, ongeacht de omvang van hun handelingsonbekwaamheid. Dit zou volgen uit de letter van de wet: "De beschermde persoon kan slechts (...)" (art. 488*bis*, h) B.W.).

Deze opvatting kan niet worden bijgetreden om drie redenen. *Vooreerst* raakt de organisatie van de handelings(on)bekwaamheid de openbare orde. Ieder persoon is in beginsel handelingsbekwaam. Een bij wet bepaalde afwijking dient dan ook restrictief te worden geïnterpreteerd. *Ten tweede* is deze opvatting ook strijdig met de organisatie van het voorlopig bewind. De omvang van de bevoegdheden van de bewindvoerder verhouden zich correlatief met de bekwaamheden van de beschermde persoon. Indien de bewindvoerder een bijstandsovername voor één welbepaalde rechtshandeling krijgt opgedragen zou, in de optiek van deze opvatting, de beschermde persoon zijn gehele bekwaamheid tot het stellen van rechtshandelingen om niet worden ontnomen? *Ten slot-*

d'inventaire", (noot onder Vred. Kraainem 15 april 2004), *T. Vred.* 2005, p. 254, voetnoot 13.

⁴⁰ Zie Vred. Fontaine-l'Évêque 26 mei 2004, *T. Vred.* 2005, 491, noot F. REUSENS en *J.L.M.B.* 2005, 437, noot.

⁴¹ Dat was reeds vóór de wet van 3 mei 2003 het geval en werd ook vóór de reparatie bij wet van 15 juni 2005 door de meerderheid in de rechtsleer aangenomen: zie in die zin bv. Vred. Bastogne-Neufchâteau 24 maart 2004, *T. Vred.* 2005, 489, noot; *contra* bv. Vred. Kraainem 15 april 2004, *T. Vred.* 2005, 255, kritische noot P. MOREAU.

⁴² J. BAEL, "Ervenissen, schenkingen en testamenten", in Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Instituut Notarieel Recht (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat. Familierecht*, deel 5, Brugge, die Keure, 2004, (97), p. 155, nr. 150.

te is deze opvatting strijdig met de ratio van de wet. De wetgever beoogde het voorlopig bewind te personaliseren en meer op maat van de bekwaamheid van de beschermde persoon te maken. De beschermde persoon blijft derhalve in de mate van het mogelijke bekwaam om zijn eigen goederen zelf en zelfstandig te beheren.

Er dient dan ook aangenomen te worden dat de beschermde persoon bekwaam blijft om rechtshandelingen om niet te stellen in de mate dat hij die ook om baat kan stellen. Bij een bijstandsregime is geen bijstand vereist voor te testen, wel voor te schenken in de mate die bijstand ook nodig is voor handelingen om baat.

In ieder geval wordt aangenomen dat de beschermde persoon zelf en zelfstandig zgn. "gelegenheidsgeschenken en aalmoezen" kan doen. Aan de beschermde persoon wordt ook een zakgeld ter beschikking gesteld. Dat kan hij uiteraard ook aanwenden om o.m. gebruikelijke geschenken aan te kopen en alzo een sociaal leven te behouden.

§2. Plaatsvervangende giften

Gelet op het formalisme dat geldt bij testamenten, blijft het onderzoek van het vraagstuk of de voorlopig bewindvoerder in naam en voor rekening van de beschermde persoon een gift kan doen, beperkt tot de *schenking*.⁴³

Het antwoord op dit vraagstuk wordt in de rechtspraak en de rechtsleer over het algemeen *negatief* beantwoord omwille van een drietal redenen. Vooreerst behoeven de beschikkingen onder bezwarende titel en de aanvaarding van een schenking reeds machtiging, *a fortiori* kan worden geconcludeerd dat de bewindvoerder geen schenkingen kan doen. Verder wordt een schenking beschouwd als een hoogstpersoonlijke rechtshandeling die de persoonlijke wil veronderstelt om te begiftigen. Ten slotte verzetten de algemene principes die gelden inzake het bestuur van andermans vermogen zich daartegen. Het beheer moet immers gericht zijn op het behoud en de aspeculatieve vermeerdering van de waarde van het beheerde vermogen, evenals op zijn redelijke vruchtdraging, en mag zeker geen handelingen omvatten die leiden tot een vermindering van het beheerde vermogen.

In de rechtspraak en de rechtsleer worden daar twee *uitzonderingen* op aanvaard. Vooreerst geldt het verbod niet voor bescheiden handgiften zoals gebruikelijke geschenken en aalmoezen die in verhouding staan tot het vermogen van de onderbewindgestelde (bv. zakgeld aan (volwassen) (klein)kinderen). Ten tweede wordt aangenomen dat uitkeringen die door de beschermde per-

⁴³ Nochtans zijn sommige parlementsleden van oordeel dat de voorlopige bewindvoerder, mits machtiging van de vrederechter, een testament in naam en voor rekening van de beschermde persoon moet kunnen opstellen: zie Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de geestesgestoorde onder voorlopig bewind met machtiging van de vrederechter te laten testen, *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1850.

soon reeds vóór het bewind regelmatig werden gedaan en die als de verdere uitvoering van een natuurlijke verbintenis kunnen worden beschouwd, evenzeer plaatsvervangend door de bewindvoerder uitbetaald mogen worden.

Een strekking in de rechtspraak en de rechtsleer gaat evenwel verder en oordeelt dat de *voorlopig bewindvoerder*, mits machtiging en voor zover de beschermde persoon 'wilsongeschikt' is, plaatsvervangend kan schenken. Naar luid van deze opvatting kan onder 'vervreemden' ook schenken worden begrepen. Verder wordt de wil tot schenken volgens deze opvatting niet vertegenwoordigd, maar juist achterhaald. Ten slotte dient de bewindvoerder het vermogen te beheren zoals de beschermde persoon dat zelf zou hebben gedaan.

De 'wil' tot schenken wordt achterhaald door toepassing van de zgn. *substituted judgement*-test, die erop neerkomt dat ingeval er uit bewezen vroegere schriftelijke of mondelinge verklaringen door een (voorheen) feitelijk bekwame persoon een wens tot begiften blijkt, de uitvoering daarvan mogelijk moet zijn. Het staat de vrederechter echter vrij om ook na te gaan of de voorgenomen schenking de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden niet behoeftig dreigen te maken (cf. art. 488*bis*, h), § 2, 2^e lid B.W.).

In die zin diende een voorlopig bewindvoerder een verzoek in tot aanstelling van een bewindvoerder *ad hoc* en tot machtiging van deze laatste om de verkoopsom van een onroerend goed dat (mede) toebehoorde aan de beschermde persoon te schenken aan de drie kinderen van de beschermde persoon, waaronder de voorlopige bewindvoerder. De vrederechter stelde vast dat de onder bewind gestelde persoon in het verleden na de verkoop van twee onroerende goederen telkens de verkoopsom overmaakte aan haar kinderen bij gelijke delen. Daaruit volgde volgens de vrederechter dat de beschermde persoon dit zou beslissen mocht zij daartoe actueel nog 'wilsongeschikt' zijn. Nu de beschermde persoon een inkomen genoot van € 1877,89 en nog gerechtigd was in twee andere woningen, dreigde zij door die schenking niet behoeftig te worden en kon het verzoek worden ingewilligd.⁴⁴

Tegen deze opvatting kan worden ingebracht dat noch uit de wettekst zelf, noch uit de bedoeling van de wetgever blijkt dat ook plaatsvervangende schenkingen zouden zijn toegelaten. De wetgever heeft bovendien uitdrukkelijk geopteerd om de beschermde persoon daar zelf toe te machtigen, zo hij daartoe 'wilsongeschikt' is. Verder zou met de nodige terughoudendheid moeten worden geoordeeld. Dat een persoon in het verleden op een bepaalde wijze handelde, biedt geen garantie dat die persoon actueel nog op die wijze zou handelen. Het komt de wetgever toe om daar uitdrukkelijk richtlijnen voor te verschaffen. Ten slotte is het argument dat onder 'vervreemden' ook 'schenken' kan worden verstaan niet dienstig, nu een schenking op zich niet het (vermogensrechtelijke) belang van de beschermde persoon dient.

⁴⁴ Vred. Westerlo 27 augustus 2004, R.W. 2005-06, 36, op dit punt goedkeurende noot F. SWENNEN.

§3. Giften door de beschermde persoon met voorafgaande machtiging

A. Materieel recht

De wet van 3 mei 2003 heeft het mogelijk gemaakt dat een onder bewind gestelde persoon die onbekwaam is om een gift te vermaken, alsnog een gift kan doen, na machtiging, mits hij daartoe 'wilsgeschikt' is (art. 488*bis*, h), § 2 B.W.).

De toekenning van de machtiging is onderworpen aan *twee voorwaarden*:

- 1° de feitelijke bekwaamheid ('wilsgeschiktheid');
- 2° de afwezigheid van dreigende behoefte van de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden (enkel bij schenking).

Onder feitelijke bekwaamheid dient de geschiktheid om een rechtsgeldige wil (toestemming in de zin van art. 1108 B.W.) te vormen, begrepen te worden. De beoordeling gebeurt in het licht van de geestesvermogens; de inhoud van de rechtshandeling is daar in principe vreemd aan, zij het dat ze wel een aanwijzing kan vormen voor de feitelijke bekwaamheid. De beoordeling is dezelfde als bedoeld in art. 901 B.W.: het vermogen om de rechtshandeling en de draagwijdte ervan in te schatten, het vermogen om een begiftigde aan te wijzen en de afwezigheid van vatbaarheid voor captatie of suggestie.

In die zin werd geoordeeld dat iemand die volledig blind is maar volledig over haar verstandelijk vermogen beschikt waardoor zij wel degelijk in staat zou zijn om haar vermogen zelf te beheren en te regelen zo zij niet leed aan haar handicap, ook 'wilsgeschikt' moet worden geacht om een testament op te stellen.⁴⁵

Sommige vrederechters leiden (ten onrechte) uit het feit dat een persoon onder een algemeen bewind werd geplaatst af dat de deze niet meer gezond van geest is overeenkomstig art. 901 B.W. en derhalve niet over de vereiste 'wilsgeschiktheid' bezit, nu daarmee zou vaststaan dat hij deze rechtshandeling niet begrijpt.⁴⁶

De gezondheidstoestand bedoeld in art. 488*bis*, a) B.W. moet worden onderscheiden van de 'wilsgeschiktheid' in de zin van art. 488*bis*, h), § 2 B.W. Dit belet evenwel niet dat de wilsongeschiktheid het gevolg kan zijn van de gezondheidstoestand⁴⁷, wat echter bij ieder verzoek afzonderlijk moet worden beoordeeld.

De tweede voorwaarde is facultatief en geldt enkel voor de schenking. Om de dreigende behoefte te kunnen beoordelen, is vereist dat de vrederechter kennis kan nemen van een aantal gegevens m.b.t. de inhoud van de schenking.

⁴⁵ Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494.

⁴⁶ Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T. Vred.* 2005, 495; Vred. Westerlo 27 augustus 2004, *R.W.* 2005-06, 36, op dit punt kritische noot F. SWENNEN en *T. Vred.* 2005, 498.

⁴⁷ Vred. Brugge 6 september 2004, *T. Vred.* 2005, 502, noot S. MOSSELMANS.

Onder "onderhoudsgerechtigden" worden wellicht enkel de actuele onderhoudsgerechtigden, genoemd in art. 203 B.W., bedoeld.

B. Procedureel recht

Het verzoek tot machtiging moet door de beschermde persoon zélf worden ingediend. De procedure van het eenzijdige verzoekschrift (art. 1026-1034 Ger. W.) werd van toepassing verklaard, met als uitzondering dat de handtekening van de beschermde persoon volstaat (art. 488*bis*, h), § 2, 3^{de} lid B.W.). Bij het verzoekschrift moet op straffe van niet-ontvankelijkheid een omstandige geneeskundige verklaring worden gevoegd die ten hoogste vijftien dagen oud is en de gezondheidstoestand van de verzoeker omschrijft.

De vrederechter wint vervolgens alle dienstige inlichtingen in en kan eenieder die hij geschikt acht om hem in te lichten, oproepen om door hem in raadkamer te worden gehoord. In geval van schenking wordt de voorlopig bewindvoerder in ieder geval opgeroepen. Hij kan ook zelf een geneesheerdeskundige aanstellen die advies moet uitbrengen over de gezondheidstoestand van de beschermde persoon (art. 488*bis*, h), § 2, 4^{de}-5^{de} lid B.W.).

C. Draagwijdte van de machtiging

Twee vraagstukken kunnen in dit verband worden opgeworpen. Vooreerst rijst de vraag of de vrederechter een bepaald concept machtigt (machtiging *in concreto*), dan wel enkel uitspraak doet over de feitelijke bekwaamheid van de beschermde persoon in het algemeen (machtiging *in abstracto*). Ten tweede rijst de vraag of de vrederechter bepaalde voorwaarden aan zijn machtiging kan hechten en hoe hij de naleving daarvan kan garanderen.

Omtrent het eerste vraagstuk bestaat betwisting. Sommige rechtsgeleerden zijn van oordeel dat de machtiging *in concreto* wordt verleend, gelet op de controle die de vrederechter moet kunnen uitoefenen. Een machtiging *in abstracto* zou er immers o.m. toe leiden dat er geen enkele garantie bestaat dat de beschermde persoon zichzelf of zijn onderhoudsgerechtigden niet zal schaden. Andere rechtsgeleerden zijn van oordeel dat de machtiging *in abstracto* wordt verleend. Ten slotte wordt ook voorgehouden dat de machtiging tot testen nooit kan worden geweigerd in het licht van art. 1, 1^e lid van het eerste protocol bij het EVRM.

Er dient m.i. een onderscheid te worden gemaakt tussen de schenking en het testament. De machtiging tot schenken wordt *in concreto* gegeven, gelet op de controle die daarop mogelijk moet zijn ter bescherming van de beschermde persoon en zijn onderhoudsgerechtigden. Het voorlopig bewind is er in essentie op gericht een vermogensrechtelijke bescherming te bieden tijdens het leven van de beschermde persoon. Dit argument gaat evenwel niet op voor het testament. Gelet op de inperking van de testeervrijheid en het zeer persoonlijke

karakter van het testament, kan worden verdedigd dat de machtiging *in abstracto* wordt verleend.⁴⁸

Voor zover als nodig kan er ook op worden gewezen dat de notaris zelf dient na te gaan of de testator wel feitelijk bekwaam is om een testament op te stellen. Desgevallend laat hij zich overtuigen door de voorlegging van een medisch attest.

Wat betreft het tweede vraagstuk staat vast dat de vrederechter niet de notariële vorm mag eisen. Aangenomen wordt dat de vrederechter wel een termijn kan opleggen. De bepaling van een termijn biedt een (bijkomende) garantie voor de feitelijke bekwaamheid van de beschermde persoon op het tijdstip dat hij de gift voltrok.

Het probleem dat daarbij rijst, is echter hoe met zekerheid kan worden achterhaald of de gift gebeurde binnen de opgelegde termijn. Bij notariële giften kan met zekerheid worden achterhaald op welk tijdstip ze plaatsvonden. Dit is echter niet het geval bij bv. de opstelling van een eigenhandig testament. De rechtspraak stelt de volgende oplossingen voor.

De vrederechter van Aarschot verplichtte de beschermde persoon om een gesloten omslag bevattende een fotokopie van het eigenhandige testament aan hem te overhandigen, waarbij de beschermde persoon op de omslag eigenhandig diende te vermelden dat deze omslag haar testament bevat.⁴⁹ Andere oplossingen die worden voorgesteld zijn het opleggen van de verplichting tot neerlegging van het eigenhandige testament onder de minuten van een notaris met registratie ervan in het Centraal Register der Testamenten⁵⁰ of de verplichting om onmiddellijk na het bekomen van de machtiging het eigenhandige testament in aanwezigheid van de vrederechter uit te schrijven.⁵¹

D. Sanctie

De giften die de beschermde persoon heeft gedaan zonder de vereiste voorafgaande machtiging, zijn relatief en rechtens nietig. Een gift gedaan na de vereiste machtiging, sluit daarenboven geen nietigverklaring op grond van art. 901 B.W. of op grond van captatie en suggestie uit. Teneinde een vordering op grond van art. 901 B.W. minder kans op slagen te geven, wordt aangeraden om de gift zo snel mogelijk na machtiging te doen.

⁴⁸ Zie bv. Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494 alwaar de vrederechter de machtiging verleende *in abstracto*: "*Machtigen haar – voor zoveel als nodig – over te gaan tot het opstellen van een testament*".

⁴⁹ Vred. Aarschot 12 februari 2004, *R.W.* 2004-05, 516, noot W. PINTENS.

⁵⁰ W. PINTENS, "De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde", (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 2004), *R.W.* 2004-05, (517), 519.

⁵¹ A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht", in J. BAELE, H. BOCKEN, S. DEVOS, C. ENGELS, P. VANDENBERGHE en A. WYLLEMAN (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (233), 244.

Beknopte bibliografie

I. Ontwikkelingen in het familie- en jeugdrecht in het algemeen

- DELAHAYE, T., L' administrateur provisoire (article 488bis du Code civil), Loi du 3 mai 2003, in reeks Les dossiers du journal des tribunaux, nr. 45, Brussel, Larcier, 2e uitg., 2004, 249 p.
- DIERICKX, L., Het recht op afbeelding, Antwerpen, Intersentia, 2005, 364 p.
- LELEU, Y.-H. (ed.), Les incapacités, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 313 p.
- LELEU, Y.-H., "Droit des personnes et des familles", in Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Brussel, De Boeck & Larcier, 2005, 711 p.
- LELEU, Y.-H. (ed.), *Droit des personnes. Le nouveau droit de l'adoption. Droit patrimonial du couple. Droits d'enregistrement*, in *Chronique notariales*, vol. 42, Brussel, Larcier, 2005, 299 p.
- MAERTENS, S. en BENOIT, G. (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, in reeks *Dossiers Tijdschrift van de Vrede- en Politie-rechters*, nr. 2, Brugge, die Keure, 2004, 176 p.
- MOSSELMANS, S., "Voogdij" in *APR-reeks*, Mechelen, E. Story-Scientia, 2004, 530 p.
- SENAËVE, P., *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004 – 8^{ste} ed., 856 p.
- SENAËVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 499 p.
- SENAËVE, P. en SWENNEN, F. (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 409 p.
- SENAËVE, P. en SWENNEN, F. (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie. Commentaar op de Wetten van 13 maart en 24 april 2003 en het Decreet van 15 juli 2005*, Antwerpen, Intersentia, 2006, ter perse.
- SENAËVE, P. en AERTS, C., *Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, ter perse.
- SOSSON, J. (ed.), *Tutelle et administration légale. Questions d'application des lois du 29 avril 2001 et du 13 février 2003*, Brussel, Larcier, 2005, 242 p.

II. Ontwikkelingen in het vermogensbeheer in het bijzonder

- MEULEMANS, D. (ed.), Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet, Gent, Larcier, 2002, 230 p.
- WUYTS, T., *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopig bewindvoerder*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 314 p.