

VERNIETIGING VAN HET TESTAMENT

Lien Beckers

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. W. Pintens

1. INLEIDING

In dit werk zal ik de vernietiging van een testament bespreken. Dat zal in het merendeel van de gevallen plaatsvinden bij een eigenhandig testament. Onder de term ‘vernietiging’ wordt onder andere het verscheuren, verbranden of verfrommelen van het testament begrepen, alsook het doorstrepen van de tekst. Het wordt dus ruimer gezien dan enkel de materiële vernietiging van het document.

De vernietiging van het testament heeft in België geen wettelijke basis, zowel niet wat betreft de vernietiging door de testator zelf als de vernietiging door een derde. Daarom ben ik in de rechtspraak en rechtsleer gedoken om te onderzoeken hoe men dient om te gaan met een testament dat verscheurd of verbrand wordt aangetroffen.

De grote tweedeling van deze paper is de vernietiging door de testator zelf en de vernietiging door een derde. In beide gevallen heb ik mij de vraag gesteld bij welke testamentsvormen de vernietiging mogelijk is. Daarnaast ben ik op zoek gegaan naar specifieke knelpunten, oplossingen en elementen al naargelang we te maken hebben met een vernietiging door de testator of door een derde. Zo stootte ik in het eerste geval onder meer op de controverse rond de kwalificatie van de vernietiging, het vermoeden van vernietiging door de testator en het probleem van een testator die onbekwaam is verklaard en toch zijn bestaand testament in stukjes scheurt. Aangaande de vernietiging door een derde kreeg ik te maken met de problematiek om aan een vernietigd testament toch uitwerking te kunnen geven. Daarvoor moeten diverse zaken worden bewezen, zoals de inhoud en de geldigheid van het testament. Bij de verschillende bewijsmiddelen heb ik mij in het bijzonder verdiept in enkele rechterlijke uitspraken die handelen over het bewijs aan de hand van een fotokopie, omdat dat een grote hulp kan zijn.

Door het ontbreken van een wettelijke regeling, leek het mij een logische stap om zeer rechtsvergelijkend te werk te gaan. Daarvoor heb ik mij op twee buurlanden gericht, namelijk Frankrijk en Nederland. Frankrijk en België vertrekken van hetzelfde Burgerlijk Wetboek en tot op de dag van vandaag is ook in Frankrijk nog geen artikel ingevoegd dat handelt over de vernietiging van het testament. Daarom leek het mij verstandig de oplossingen in de Franse rechtspraak en rechtsleer te bestuderen om te zien hoe die evolueren binnen

hetzelfde wettelijk kader dat voorhanden is. Die vergelijking heb ik verweven doorheen de tekst over België omdat zo gelijkenissen en verschillen tussen de twee landen het best tot hun recht komen. In Nederland is er voor een bepaalde vorm van uiterste wil, het codicil, sinds kort een wettelijke regeling voor de vernietiging ervan. Dat heb ik in een apart hoofdstukje behandeld.

2. Vernietiging van het Testament door de Erflater

2.1. Algemeen

Allereerst moet hier worden opgemerkt dat de vernietiging het resultaat moet zijn van de bewuste en vrije wil van de testator. Het is dus belangrijk dat de vernietiging met kennis van zaken plaatsvindt.¹ Die bewuste en vrije wil kan in verschillende gevallen niet voorhanden zijn. Op de eerste plaats kan de testator gewoon een vergissing begaan en het testament uit onachtzaamheid vernietigen.² Vervolgens is het mogelijk dat de vernietiging plaatsvond zonder de wil van de testator, namelijk in geval van toeval of overmacht, of tegen zijn wil.³ In het laatste geval, namelijk dat het tegen zijn wil gebeurt, zal de vernietiging het werk zijn van een derde, bijvoorbeeld een wettelijke erfgenaam of de algemene legataris die de bijzondere legatarissen liever kwijt dan rijk is. Het geval van de vernietiging door een derde maakt het voorwerp uit van het tweede hoofdstuk van dit werk. Ten slotte moeten we ook denken aan de hypothese waarin de testator wel bekwaam was om een testament te maken, maar dat hij nadien handelingsonbekwaam is geworden en op dat moment zijn testament vernietigt.

Daarnaast komt het steeds aan de feitenrechters toe om soeverein te beoordelen of de testator door de vernietiging werkelijk de uitwerking aan het testament heeft willen ontnemen.⁴ Zo werd ooit in Frankrijk zelfs geoordeeld dat het testament dat opgefrommeld tot een prop papier werd teruggevonden in de zak van een kledingsstuk van de testator door deze handeling niet werd herroepen.⁵ Tenslotte moet, zoals reeds in de inleiding werd aangehaald, de term ‘vernietiging’ ruimer worden opgevat dan we op het eerste zicht zouden denken. Die behelst niet enkel de materiële vernietiging van het stuk door het te verbranden of het geheel of gedeeltelijk te verscheuren, maar ook het

¹ W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2002, 719.

² J. SACE, “Les testaments (Fond)”, in *Rép. Not.* III, VIII, Brussel, Larcier, 1990, 293.

³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII/2, *Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1947, 1309 (hierna verkort geciteerd *Traité*, VIII/2).

⁴ *Ibid.*, 1316-1317.

⁵ Poitiers, 24 december 1906, *Rev. Not.* 1907, 536.

doorhalen van het geheel of een deel van de tekst.⁶ Op die manier blijft het document zelf dus wel behouden. Gemakshalve zal ik verder spreken over de bredere term ‘vernietiging’ en zal ik daarnaast ook de afzonderlijke termen toelichten als daar juridische gevolgen aan verbonden zijn.

Voordat ik dit alles bespreek, verdient eerst de kwalificatie van de vernietiging door de testator aandacht, alsook de daarbij horende gevolgen.

2.2. KWALIFICATIE VAN DE VERNIEGING

2.2.1. Begrip

Zoals reeds in de inleiding werd vermeld, is de vernietiging van het testament in België niet wettelijk geregeld. Dit heeft tot gevolg dat er ook geen wettelijke kwalificatie van de vernietiging voorhanden is wat op zijn beurt leidt tot controverse in de rechtspraak en rechtsleer. Vooreerst zal ik de twee verschillende standpunten tegenover mekaar plaatsen en aangeven welke de meerderheidsopvatting is. Daarna zal ik aan de hand van enkele concrete situaties aantonen dat het hier niet louter over een theoretische discussie gaat, maar dat er ook belangrijke gevolgen aan verbonden zijn.

2.2.2. De twee standpunten

2.2.2.1. Het testament wordt geacht nooit te hebben bestaan.

Volgens sommigen heeft de vernietiging tot gevolg dat het testament niet meer bestaat en daarenboven nooit heeft bestaan.⁷ Zo volgt R. Piret onder andere Wahl, R. Savatier en MM. Colin in hun overtuiging dat de gronden van stilzwijgende herroeping limitatief geregeld zijn in de artikelen 1035, 1036 en 1038 B.W. Op die manier weigeren ze aan de vernietiging van het testament het karakter van stilzwijgende herroeping te geven aangezien die wijze niet wordt vermeld in het Burgerlijk wetboek.⁸ R. Piret haalt als argument de tekst van art. 1035 B.W. aan: “les testaments *ne* pourront être *revoqués que...*” Daarnaast stelt hij ook dat we niet kunnen besluiten tot een stilzwijgende herroeping aangezien de wetgever volgens hem nu net een onderzoek naar de bedoeling van de erflater heeft willen uitsluiten. Ook het Hof van beroep van Gent stelt: “een doorhaling (rature of cancellation) waarmee het wegsnijden van een deel van de tekst gelijk moet worden gesteld, in de mate waarin vaststaat dat zij uitgaat van de testator, heeft tot gevolg dat dat deel van de

⁶ R. DILLEMANS, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, VII, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1977, nr. 243.

⁷ Luik 3 augustus 1870, *Pas.* 1872, II, 122; Rb. Antwerpen 24 september 1953, *R.C.J.B.* 1954, 267 met noot R. PIRET; Rb. Derdermonde 10 november 1934, *Pas.* 1936, III, 43; Rb. Antwerpen 10 maart 1892, *Pas.* 1893, III, 45; H. JACOBS, *Testamenten (vorm)*, Brussel, Larcier, 1957, 148; R. PIRET, “La destruction, la lacération, ou cancellation d’un testament et l’application de l’article 1348 du Code civil” (noot onder Rb. Antwerpen 24 september 1953), *R.C.J.B.* 1954, 278.

⁸ R. PIRET, *l.c.*, 278.

laatste wilsbeschikking niet meer bestaat en geacht moet worden nooit te hebben bestaan.”⁹

2.2.2.2. De stilzwijgende herroeping.

Volgens het merendeel van de rechtsleer houdt de vernietiging van het testament door de erfflater een stilzwijgende herroeping in ondanks het stilzwijgen van de wetgever hieromtrent.¹⁰ We kunnen dit dan ook als de traditionele opvatting beschouwen. Het vernietigen van het document is de materiële uitvoering van de eerder genomen beslissing om het testament te herroepen.¹¹ Ook H. De Page stelt na uitvoerig onderzoek dat het gaat om een stilzwijgende herroeping. Een argument om het zo te zien, is dat het enkel bij die kwalificatie mogelijk is dat de testator aan een derde het mandaat geeft om zijn testament te vernietigen na zijn dood als bepaalde gebeurtenissen zich voordoen.¹² Op dat argument ga ik in het volgende onderdeel even verder in bij de bespreking van de gevolgen van de keuze voor de ene of de andere kwalificatie.

2.2.3. Gevolgen van de kwalificatie

In bepaalde situaties zullen de gevolgen heel verschillend zijn al naargelang men de eerste of de tweede stelling inneemt. De drie belangrijkste situaties licht ik hier toe.¹³

1. Stel dat het testament in meerdere exemplaren is opgemaakt en dat niet alle exemplaren worden vernietigd. Volgens de eerste hypothese zullen de nog bestaande exemplaren uitwerking hebben aangezien ze materieel nog bestaan. De tweede hypothese is meer genuanceerd. Hier is er ruimte om na te gaan of de testator enkele exemplaren wou vernietigen omdat hij ze nutteloos vond of dat hij daardoor ook de uitwerking aan de andere exemplaren wou ontnemen. Dat is dan een kwestie van beoordeling van de feiten en van interpretatie.¹⁴ Zo besliste de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen dat het testament dat in meerdere exemplaren was opgesteld volle uitwerking had, zelfs al werden de overige exemplaren vernietigd. De erfflater had enkel de afschriften willen

⁹ Gent 15 december 1995, *R.W.* 1996-97, 325.

¹⁰ F. BUYSENS, “Herroepelijkheid”, in A. VERBEKE, Fr. BUYSENS en M. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate planning, V, Vermogensplanning met Effect na Overlijden – Erfrecht en Testament*, Gent, Larcier, 2005, 65; C. DEMIL en S. BELLENS, *De erfenisgids*, Roeselare, Globe, 2001, 81; L. DEBEN, E. DE WILDE en C. VAN DEN HOVE, *Ervenissen en Testamenten*, Brussel, Creadif, 1989, 253; R. DILLEMANS, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht, VII, Testamenten*, 467; Fr. GHIJSELS, *Schenkingen en Testamenten*, Brussel, Centrum voor Administratie en Documentatie, 1963, 164; R. DEKKERS, *Handboek van Burgerlijk Recht, III, Huwelijksstelsels, Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Standaard, 1958, 649; Zie ook voor rechtspraak: Antwerpen 20 februari 1914, *Pas.* 1914, III, 132; Gent 31 januari 1880, *Pas.* 1880, II, 291.

¹¹ H. JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 67.

¹² H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, 1312-1313.

¹³ Zie *ibid.*, nr. 1198.

¹⁴ R. DILLEMANS, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht, VII, Testamenten*, 467.

laten verdwijnen.¹⁵ Zo besliste ook de rechtbank van eerste aanleg van Bergen dat er geen herroeping was van het exemplaar dat een dame bij de bank in een kluis had bewaard, terwijl ze het andere exemplaar had vernietigd.¹⁶

2. Stel dat de testator aan iemand anders het mandaat geeft om zijn testament te vernietigen. We nemen aan dat hij hier geen voorwaarden aan verbindt en dat de vernietiging dient plaats te vinden voor de dood van de testator. Om een of andere reden slaagt die persoon er niet in om het testament ook daadwerkelijk te vernietigen. Volgens de eerste opvatting zou het testament bij de dood van de *de cuius* volledige uitwerking hebben aangezien het document nog bestaat. Dit in tegenstelling tot de tweede opvatting waar men de opdracht tot vernietiging ziet als de herroeping van het testament, ongeacht of de materiële vernietiging ook effectief plaatsvindt.

3. In de derde situatie doet zich het geval voor waarbij de testator eveneens opdracht geeft aan iemand anders om zijn testament te vernietigen, maar ditmaal enkel na zijn dood onder bepaalde voorwaarden. Bijvoorbeeld: een testator zonder kinderen geeft het testament aan de notaris met de opdracht het te vernietigen als zijn zus na hem overlijdt. In het testament heeft hij een goede vriend als legataris aangesteld. Vervolgens overlijdt de testator. Volgens de eerste opvatting bestaat het testament omdat het nog niet materieelrechtelijk is vernietigd en krijgt het dan ook uitwerking waardoor de goede vriend zijn legaat ontvangt. “De vernietiging is dan de uitvoering van een mandaat *post mortem*, dat wil zeggen op een moment waarop de testator reeds is overleden en waar het mandaat, volgens sommige auteurs, niet meer geldig is.”¹⁷ Een van die auteurs is De Page die beweert dat dit soort mandaat enkel geldig kan zijn als we de tweede stelling volgen. “Het is de testator zelf die tijdens zijn leven de beslissing neemt tot herroepen, zij het dan onder bepaalde voorwaarden die hij tevens zelf bepaalt. Het maakt dan niets uit dat de vervulling van die voorwaarden pas na zijn dood plaatsvindt, aangezien die retroactief werkt.”¹⁸

2.2.4. De kwalificatie in Frankrijk

De beoordeling van het Franse Hof van Cassatie over de vernietiging van het testament ging al vrij vroeg in een welbepaalde richting, namelijk dat we te maken hebben met een herroeping van het testament.¹⁹ Daar is het Hof van Cassatie tot op de dag van vandaag trouw aan gebleven. Er zijn enkele auteurs die de mening toegedaan zijn dat het vernietigde testament nooit heeft bestaan en zich verzetten tegen een kwalificatie als stilzwijgende herroeping.²⁰ Zo stelt

¹⁵ Rb. Antwerpen 20 februari 1914, *Pas.* 1914, III, 132 en *Rev. Prat. not. b.*, 1917, 507.

¹⁶ Rb. Bergen 10 april 1989, *J.L.M.B.* 1990, 1192.

¹⁷ H. JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 68.

¹⁸ H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, 1312.

¹⁹ Cass. Fr. 17 februari 1937, *D.H.* 1937, 202, noot, *Rev. trim. dr. civ.* 1937, 407, nr 8, *Rev. prat. not.* 1938, 317, noot J. BAUGNIET.

²⁰ R. SAVATIER, noot onder Cass. Fr. 5 mei 1965, *J.C.P.* 1965, 14311; R. SAVATIER, “De la destruction ou de la lacération d’un testament olographe”, *Rép. Not.* 1937, 24979.

M. Flour dat “een verscheurd testament een testament is dat niet bestaat”.²¹ In de rechtspraak van het Hof vinden we daar echter geen navolging in. Bleef het Hof trouw aan de kwalificatie als stilzwijgende herroeping, dan is dat niet het geval voor het al dan niet bestaan van een *vermoeden* van herroeping. De benadering van het Hof van die twee principes in haar rechtspraak zal ik hieronder schetsen.

In de oudste rechtspraak leek het Hof van Cassatie aan de vernietiging van het testament een vermoeden van herroeping toe te schrijven.²² Het Hof weigerde immers geen enkel gevolg te geven aan een testament dat verscheurd werd teruggevonden wanneer: “aucune circonstance de la cause n’était venue détruire la présomption de révocation qui s’attache au fait matériel de la lacération”. Volgens R. Savatier zou het Hof door dat standpunt art. 1035 van de Code civil schenden omdat daar de gronden van stilzwijgende herroeping limitatief zijn omschreven en er geen sprake is van vernietiging.²³ Een wending in de rechtspraak van het Hof is waar te nemen in twee arresten uit 1965. In het eerste arrest van 12 januari 1965 besloot het Hof dat er geen herroeping was van een testament dat geschreven was op een pagina die volledig doormidden was gescheurd. Indien het nog mogelijk is om het testament te reconstituëren en als we de tekst nog kunnen achterhalen ondanks de verscheuring, zou er twijfel bestaan of we wel voor een herroeping staan.²⁴ Vervolgens oordeelde het Hof in zijn arrest van 5 mei 1965 dat de feitenrechter zijn interpretatiebevoegdheid juist had aangewend om te beslissen dat een testament bestaande uit twee exemplaren waarvan er een was verscheurd, toch zijn gelding bleef hebben. “Ook al zou de verscheuring de bedoeling inhouden om te herroepen, zo besliste het Hof van Beroep van Nancy, toch is het vereist dat het bewijs van die wil niet dubbelzinnig is”. In casu besloot het Hof van Beroep dat er twijfel mogelijk was omdat er nog een exemplaar bestond en omdat de notaris de verscheurde stukken had bewaard in een enveloppe zodat het leek dat ook hij er niet zeker van was of de testator de bedoeling had het testament te herroepen.²⁵ Eerder had het Hof van Beroep van Parijs op 29 januari 1962 beslist dat “de verscheuring geen wijze is van herroeping, maar een procedure van vernietiging van het testament”.²⁶ Daaruit moeten we volgens J. Maury afleiden dat de rechters enkel hebben gesteld dat de verscheuring op zich een neutrale handeling is en dat daaruit geen vermoeden van herroeping voortvloeit. Hij stelt dan ook dat het dat principe is dat het Hof van Cassatie in 1965 hernomen heeft.²⁷ In een nog later arrest van 28 april 1969 heeft het Hof dan expliciet komaf gemaakt met het idee dat we te maken

²¹ M. FLOUR, *Cours*, jaar 4, 1962-63, 272.

²² Cass. Fr. 17 februari 1937, *D.H.* 1937, 202, noot, *Rev. trim. dr. civ.* 1937, 407, nr 8, *Rev. prat. not.* 1938, 317, noot J. BAUGNIET

²³ R. SAVATIER, “Successions et libéralités”, *Rev. trim. dr. civ.* 1971, p. 882, nr. 8.

²⁴ Cass. Fr. 12 januari 1965, *D.* 1965, 305.

²⁵ Cass. Fr. 5 mei 1965, *J.C.P.* 1965, II, 14311, noot R. SAVATIER, *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 694, nr 15.

²⁶ Paris 29 januari 1962, *D.* 1961, 264.

²⁷ J. MAURY, noot onder Cass. Fr. 2 februari 1971, *D.* 1971, 420.

zouden hebben met een wettig vermoeden van herroeping.²⁸ Het Hof stelde in dat arrest dat “het verscheuren van het testament geen wettig vermoeden van herroeping inhoudt en dat het aan de feitenrechter toekomt om te beoordelen aan de hand van de omstandigheden van de zaak en aan de hand van de verscheuring zelf of het de bedoeling was van de testator om de testamentaire beschikkingen te herroepen”.²⁹ In die lijn treffen we dan ook een beslissing aan van het Hof waarin het stelt: “ En déchirant en plusieurs morceaux un testament et en le jetant en cet état dans une corbeille à papiers au milieu de débris, donc destiné à être jeté avec eux, un *de cujus* est à bon droit considéré comme ayant eu la volonté non équivoque de détruire le testament contesté.”³⁰ En om dit onderdeel af te sluiten vermeld ik een zeer recent arrest van het Franse Hof van Cassatie waaruit duidelijk blijkt dat het Hof in de vernietiging van een testament door de testator een stilzwijgende herroeping ziet. Het betreft het arrest van 4 juli 2007 waarin we kunnen lezen: “de stilzwijgende herroeping van een testament kan enkel gebeuren door het opstellen van een later onverenigbaar testament, door de vervreemding van de gelegateerde zaak of door de vernietiging of de vrijwillige vervreemding van het testament”.³¹

2.3. VERMOEDEN VAN VERNIETIGING DOOR DE TESTATOR

Het maakt een heel verschil uit of de vernietiging van het testament door de testator zelf is gebeurd, of dat die heeft plaatsgevonden door een derde, bijvoorbeeld een wettelijke erfgenaam. Zoals ik verder in dit werk zal bespreken, is het in het laatste geval niet uitgesloten dat het testament toch uitwerking heeft.

Het zal vaak moeilijk zijn om de oorzaak van de vernietiging te achterhalen. Er wordt echter algemeen door de rechtspraak en rechtsleer vermoed dat de vernietiging is geschied door de testator zelf en dat hij dat ook bewust heeft gewild.³² Het vermoeden kan weerlegd worden en het komt dan aan degene die graag de gevolgen van het testament ziet intreden toe om te bewijzen dat het niet het werk van de testator is geweest. A. Kluyskens is van mening dat dit principe niet absoluut kan gelden. Het vermoeden van vernietiging door de testator zou dan enkel spelen als het vernietigd document bij de testator wordt aangetroffen. Als bijvoorbeeld het verscheurde testament bij iemand anders wordt gevonden, moet tot bewijs van het tegendeel worden verondersteld dat het door die persoon is verscheurd.³³ Dit is ook zo volgens R. Dillemans die

²⁸ Cass. Fr. 28 april 1969, *Rev. not. b.* 1970, 117.

³⁰ Cass. Fr. 2 februari 1971, D. 1971, 421, noot J. MAURY.

³¹ Cass. Fr. 4 juli 2007, D. 2007, 2037.

³² Luik 3 augustus 1870, *Pas.* 1872, II, 122; Zie voetnoot (1) p 68 van H. JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 68; R. DEKKERS, *o.c.*, 737; H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, 1310; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XIV, *Des donations entre-vifs et des testaments (suite)*, Brussel, Bruylant, 1878, 265.

³³ A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, III, *De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1947, 369.

het niet billijk vindt om op de legataris deze moeilijke taak te leggen terwijl de erfgenamen zich vaak al in een sterkere positie bevinden. Hij stelt: “het is voor de erfgenamen maar al te gemakkelijk het testament te verscheuren of te schrappen zonder dat de legataris kan aantonen dat dit niet het werk is van de testator.”³⁴ Andere auteurs beweren dat het vermoeden onafhankelijk is van de plaats waar het vernietigde testament wordt gevonden. Zo kunnen de snippers in de papiermand bij de testator worden gevonden of kunnen er stuk geknipte delen worden aangetroffen in het huis van een erfgenaam. Dit zijn volgens hun slechts feiten die helpen om het tegenbewijs te leveren.³⁵

Ook in Frankrijk treffen we dit vermoeden aan. Zo stelt F. Lucet dat het in overeenstemming is met de traditionele rechtspraak³⁶ dat de vernietiging van het testament moet worden geacht gedaan te zijn door de testator.³⁷ Het is ook hier een weerlegbaar vermoeden zodat door de specifieke omstandigheden van de zaak anders kan worden beslist. Het bewijs van het tegendeel zou zelfs kunnen worden geleverd door de vorm zelf van de verscheuring.³⁸

2.4. VAN BEKWAAMHEID NAAR ONBEKWAAMHEID OM TE TESTEREN

De situatie die ik hier voor ogen heb is niet de situatie waarin degene die onbekwaam is om een testament te maken er toch een maakt en vervolgens dit testament vernietigt. De handeling die hij stelde is in ieder geval nietig en het testament was op geen enkel moment geldig opgesteld. Dit is onder meer het geval voor de minderjarige die de leeftijd van 16 jaar nog niet bereikt heeft³⁹, de verlengd minderjarige omdat hij gelijkgesteld wordt met een vijftienjarige⁴⁰ en de gerechtelijk onbekwaamverklaarde⁴¹. Wat er wel wordt bedoeld is het feit dat er een geldig testament bestaat van een persoon die nadien handelingsonbekwaam wordt en zodoende niet meer over zijn goederen kan beschikken.

Een testament dat is opgesteld door een persoon die nadien onbekwaam wordt, blijft geldig.⁴² Dat kunnen we impliciet ook afleiden uit de rechtspraak van het

³⁴ R. DILLEMANS, *Beginnelsen van het Belgisch privaatrecht*, VII, *Testamenten*, 468.

³⁵ H. JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 68.

³⁶ Cass. Fr. 18 juli 1956, *J.C.P. N* 1956, II, 9622, noot G. DAHMIER, *D.* 1957, 17, noot BLANC, *Gaz. Pal.* 1956, 2, 137; Cass. Fr. 21 juli 1954, *J.C.P. G* 1954, IV, 135; CA Aix 23 juni 1934, *J.C.P.* 1934, 1242; CA Aix 29 mei 1933, *J.C.P.* 1933, 658; CA Bordeaux 11 januari 1927, *J.C.P.* 1927, 334.

³⁷ F. LUCET, *Art. 1035-1038. Fasc. Unique: Donations et testament. Révocation des testaments. Révocation expresse. Révocation tacite*, in *JurisClassique Civil Code*, 01, 2007, nr. 80.

³⁸ CA Aix 23 februari 1955 *J.C.P. G* 1955, IV, 79.

³⁹ Art. 903 B.W.

⁴⁰ Art. 487 bis B.W.

⁴¹ Art. 489 B.W.

⁴² Cass. 25 november 1960, *Arr. Cass.* 1961, 285; Rb. Brussel, 20 februari 1987, *Rev. not. b.* 1987, 493, *T.B.B.R.* 1988, 134; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH, K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 656; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 270.

Hof van Cassatie waarin wordt bepaald dat de rechtshandeling om niet geldig is als ze in een heldere tussenperiode is verricht.⁴³ Vermits er sprake is van een tussenperiode, zal die gevolgd worden door een periode waarin de persoon opnieuw onbekwaam is. De latere wilsongeschiktheid maakt geen grond van verval uit van het testament.⁴⁴

Nu kan zich de volgende situatie voordoen: een persoon die gezond is van geest en bijgevolg bekwaam is om een testament te maken, beschikt over een geldig onderhands testament. Nadien wordt hij onbekwaam verklaard en terwijl hij zich in die staat van onbekwaamheid bevindt, vernietigt hij het testament. Zoals we eerder zagen, houdt de vernietiging een stilzwijgende herroeping in en dus een beschikking over de goederen. De onbekwaamverklaarde is echter niet meer handelingsbekwaam en zodoende is het hem verboden om nog over zijn goederen te beschikken. Die situatie kan zich onder meer voordoen bij de verlengd minderjarige met een geldig testament van voor de plaatsing in staat van verlengde minderjarigheid en bij de gerechtelijk onbekwaamverklaarde met een geldig testament van voor zijn onbekwaamverklaring. Die twee categorieën van personen zijn totaal onbekwaam om een testament te maken, dus zal de vernietiging gedaan terwijl ze zich onder dit statuut bevonden, geen gevolgen hebben. Daarnaast is er ook nog het geval van de onder voorlopig bewind geplaatste persoon. Voor hem bestaat er sinds kort de mogelijkheid om een testament te maken nadat hij daarvoor een verzoek aan de vrederechter heeft gericht en vervolgens van hem machtiging heeft verkregen.⁴⁵ Hieruit kunnen we afleiden dat ook een vernietiging van een geldig onderhands testament dat hij heeft opgemaakt voor de onder voorlopige bewindplaatsing, geen gevolgen zal hebben. Hij heeft immers de machtiging nodig van de vrederechter om een testament te maken en daaruit volgt volgens mij dat die machtiging tevens vereist is om het testament te vernietigen.⁴⁶

⁴³ Cass 24 februari 1971, *R.W.* 1971-72, 1783.

⁴⁴ F. SWENNEN, *o.c.*, 269.

⁴⁵ Art. 488 bis, h § 2 B.W.; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, I, Leuven, Acco, 2006, 291.

⁴⁶ Hoe de regeling was voor de wetwijziging van 3 mei 2003: zie Cass. 10 januari 2008, www.cass.be. Hierin beslist het Hof dat een onder voorlopig bewind geplaatste persoon niet automatisch voor alle rechtshandelingen en dus ook wat het opmaken van een testament betreft, handelingsonbekwaam is, zelfs niet als de bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft. Alvorens het testament te kunnen nietig verklaren, zal in concreto de gezondheid van geest moeten worden onderzocht. Dezelfde redenering kunnen we toepassen op de situatie waarin de onder voorlopig bewind geplaatste persoon een onderhands testament vernietigt, dat geldig tot stand kwam voor zijn onder voorlopig bewind plaatsing.

2.5. ENKELE SPECIFIEKE VORMEN VAN Vernietiging

2.5.1. *De verscheuring of het in stukken knippen van het testament*

2.5.1.1 Begrip

De verscheuring of het in stukken knippen van het testament houdt in dat de testator de essentiële elementen, namelijk het geschrift, de datum en de handtekening, van het document van mekaar scheidt.⁴⁷ De testator zal vaak het gehele document verscheuren, maar hij kan ook bijvoorbeeld een klein stuk uit het document knippen of scheuren.

2.5.1.2. De gedeeltelijke verscheuring of het gedeeltelijk in stukken knippen

Zoals gezegd hoeft de verscheuring niet altijd het gehele document te betreffen. De testator kan immers enkele beschikkingen hebben uitgeknipt of van het overige deel van het document hebben afgescheurd. Deze gedeeltelijke verscheuring of dit knipsel laat in principe de rest van het testament onaangetast. Het testament zal dus uitwerking hebben, maar enkel op voorwaarde dat we nog te maken hebben met een regelmatige en volledige akte.⁴⁸ In een arrest van het Hof van Beroep te Gent werd beslist dat het deel van het testament dat niet werd weggesneden geldig blijft. In casu werd over een breedte van 1 cm en een lengte van 7.5 cm een stuk van de tekst weggesneden die was geschreven op een blad van een zakagenda.⁴⁹ Het is dus wel belangrijk dat het resterende deel uitvoerbaar blijft. Dit was bijvoorbeeld niet het geval in een arrest van het Hof van Beroep van Brussel. In dat geval betrof het een testament waarin een algemeen legaat werd gemaakt dat verbonden werd aan bepaalde lasten. Die lasten stonden nu net beschreven in het uitgescheurde deel zodat de inhoud ervan niet meer achterhaald kon worden. Hierdoor besloot het Hof dat het testament niet meer kon worden uigevoerd.⁵⁰

2.5.2. *Doorhaling van het testament*

2.5.2.1. Begrip

Zoals ik eerder reeds heb aangehaald, moet ook het doorhalen van een deel of het geheel van de tekst gezien worden als een vernietiging van het testament.⁵¹ De doorhaling van het testament houdt in dat de testator een kruis of een streep

⁴⁷ Zie bv. Luik 3 augustus 1870, *Pas.* 1870, II, 122; J. SACE, *l.c.*, 293.

⁴⁸ H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, 1316.

⁴⁹ Gent 15 december 1995, *R.W.* 1996-97, 324.

⁵⁰ Brussel 29 juni 1935, *Pas.* 1936, II, 42.

⁵¹ R. DILLEMANS, *Beginnelsen van het Belgisch privaatrecht*, VII, *Testamenten*, 466; A. KLUYSKENS, *o.c.*, 368.

over de gehele tekst van het testament trekt, of enkele beschikkingen doorstreept. In dit geval blijft het document dus materieel bestaan en wordt enkel de tekst geheel of gedeeltelijk doorstreept.

2.5.2.2. Gevolgen van de doorhaling

Om aan de tekst die op deze manier werd vernietigd geen uitwerking te geven, is het volgens sommige auteurs vereist dat de doorhalingen worden gedateerd en ondertekend door de testator.⁵² Er moet dus worden voldaan aan de vereisten van art. 970 B.W. Deze oplossing is analoog aan de vereiste van een aparte dagtekening en ondertekening van kantmeldingen bij of toevoegingen aan de tekst.⁵³

Die vereiste geldt enkel als de doorhalingen, eveneens net zoals de kantmeldingen en toevoegingen, dateren van na de dagtekening en ondertekening van het gehele document. Er is een vermoeden dat de kantmeldingen en toevoegingen gelijktijdig zijn gedaan met het maken van het testament zelf.⁵⁴ Volgens R. Piret zou ook dit vermoeden gelden bij de doorhalingen van of in de tekst.⁵⁵ Dit kan wel worden weerlegd door bijvoorbeeld te kijken naar de kleur van de inkt.

Sommige auteurs bewandelen een heel andere weg en stellen dat de oplossing die wordt gegeven aan aanvullingen en wijzigingen niet mag worden getransponeerd op de doorhalingen. Doorhalingen moeten volgens hun nooit worden voorzien van een aparte dagtekening en handtekening.⁵⁶

Ook hier is het zo dat het deel van het testament dat niet is doorgehaald of doorstreept, geldig blijft.⁵⁷ Daarvoor is dan wel weer vereist dat de essentiële elementen onaangeroerd zijn gebleven en dat het testament niet onuitvoerbaar is geworden.⁵⁸ H. Jacobs stelt de vernietiging van essentiële bestanddelen gelijk met de gehele vernietiging.⁵⁹ Zo mag de testator bijvoorbeeld niet de datum of de handtekening hebben doorstreept.

⁵²J. SACE, *l.c.*, 294; R. PIRET, *l.c.*, 287.

⁵³ Voor die vereiste, zie: Cass. 9 mei 1968, *Arr. Cass.* 1968, 1117, *Pas.*, 1968, I, 1050 en *R.W.* 1968-69, 125; Cass. 13 april 1882, *Pas.* 1882, I, 108; Cass. 17 februari 1876, *Pas.* 1876, 93; Luik 5 juni 1996, *Pas.* 1995, II, 92; Gent 15 december 1995, *R.W.* 1996-97, 324.

⁵⁴ Luik 11 oktober 1966, *J.L.* 1966-67, 99, noot M.H., *Pas.* 1967, II, 146; Luik 8 december 1934, *R.W.* 1934-35, 1504; J. BYTTEBIER, "Het dateren van een testament", *T.Not.* 1995, 161; R. PIRET, *l.c.*, 287.

⁵⁵ R. PIRET, *l.c.*, 287.

⁵⁶ PUELINCKX-COENE, M., GEELHAND, N. en BUYSENS, F., "Overzicht van rechtspraak. Giften (1993-1998)", *T.P.R.* 1999, 1014.

⁵⁷ Luik 20 december 2004, *Rev.not.b.* 2005, 460; Gent 15 december 1995, *R.W.* 1996-97, 324; F. LAURENT, *o.c.*, nr. 185.

⁵⁸ PUELINCKX-COENE, M., GEELHAND, N. en BUYSENS, F., *l.c.*, 1014, H. JACOBS, *Testamenten (vorm)*, Brussel, Larcier, 1957, 152-153.

⁵⁹ H. JACOBS, *o.c.*, 152.

2.6. Vernietiging bij het internationaal en authentiek testament

2.6.1. Algemeen

De vernietiging van het testament zal op het eerste zicht enkel bij het onderhands testament mogelijk zijn.⁶⁰ Bij het internationaal en openbaar testament is er immers een tussenkomst van de notaris die ervoor zorgt dat de vernietiging niet zonder problemen kan plaatsvinden.⁶¹

2.6.2. Vernietiging in de context van het internationaal testament

Het internationaal testament bestaat op de eerste plaats uit het onderhands stuk waarvan de testator in aanwezigheid van de notaris en twee getuigen moet verklaren dat het zijn testament is en dat aan de notaris wordt overhandigd.⁶² Daarnaast maakt ook de akte van verklaring door de notaris deel uit van het internationaal testament.⁶³ Volgens sommigen moet de verklaring dan samen met het eigenhandig geschrift in een gesloten omslag worden bewaard.⁶⁴ Tot die vaststelling komen ze door art. 9, dat voorschrijft dat de verklaring aan het eigenhands stuk moet worden gehecht, en art. 17 van de Wet Internationaal Testament samen te lezen. Dat is echter niet juist volgens onder andere professor W. Pintens. Enkel het testament moet in de gesloten omslag worden bewaard en de notariële akte moet aan de omslag worden gehecht.⁶⁵ Chronologisch moet dus eerst de handeling van artikel 17 gebeuren, namelijk het opbergen in een omslag van het testament, en pas daarna de aanhechting van de notariële verklaring aan de omslag.⁶⁶ Het is wel vereist dat er een materiële band wordt tot stand gebracht tussen die twee zaken door bijvoorbeeld de verklaring aan de omslag te nieten of vast te plakken.

Als de testator zijn internationaal testament wil vernietigen, zal hij het moeten terugvragen aan de notaris. Die laatste mag de notariële akte, die een minuut is, niet uit handen geven.⁶⁷ Die akte is nu net gehecht aan de omslag. Volgens H. Jacobs, die voorhoudt dat zowel het testament als de verklaring zich in de omslag bevinden, is het niet mogelijk om het testament terug te geven aan de testator. Als de notaris de omslag afgeeft, overhandigt hij daarmee immers

⁶⁰ H. JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 200 ; F. BUYSENS, *l.c.*, 65.

⁶¹ W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH, en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, nr. 1569.

⁶² Art. 3 en art. 4 Wet Internationaal Testament.

⁶³ Art. 9 Wet Internationaal Testament.

⁶⁴ H. JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, nr. 236 ; Ph. DE PAGE, “Le testament international et sa mystique”, *Rev. Not. B.* 1984, 21.

⁶⁵ W. PINTENS, N. TORFS en R. TORFS, *Internationaal testament*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 45-47.

⁶⁶ N. TORFS, “Commentaar bij art. 9 Wet Internationaal Testament”, in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (eds.), *Ervenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar aal met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2002.

⁶⁷ Art. 20 en art. 22 Organieke Wet Notariaat.

tevens de minuut.⁶⁸ Professor W. Pintens suggereert als oplossing dat de notaris het onderhands geschrift wel degelijk kan teruggeven, waarbij de notaris dit best vastlegt in een proces-verbaal dat wordt ondertekend door de testator en de notaris. De notariële verklaring blijft onder de minuten van de notaris gerangschikt.⁶⁹ Deze laatste oplossing lijkt mij de meest logische, ook in het licht van de opvatting van M. Grégoire die stelt dat “le dépôt du testament international organisé par l’article 17 du notre loi est en dépôt momentané”.⁷⁰

2.6.3. Vernietiging in de context van het openbaar testament

De vernietiging van het testament zal hier niet mogelijk zijn omdat de notaris volgens art. 20 en 22 van de Organieke Wet Notariaat de akten in minuut moet bewaren en deze niet uit handen mag geven.⁷¹

3. VERNIETIGING VAN HET TESTAMENT DOOR EEN DERDE

3.1. ALGEMEEN

Zoals ik hoger heb beschreven, speelt er een vermoeden dat de erflater het testament heeft vernietigd. Het is natuurlijk niet uitgesloten dat dit ook wel eens het werk kan zijn van bijvoorbeeld een wettige erfgenaam of een andere derde. Daar zal dan het bewijs van moeten worden geleverd. Als werkelijk blijkt dat niet de erflater maar een derde het testament heeft vernietigd, is het niet uitgesloten dat het testament uitwerking zal hebben.

3.2. VERNIETIGING VAN HET ONDERHANDS TESTAMENT

We mogen ervan uitgaan dat een derde er wellicht enkel in zal slagen om een onderhands testament te vernietigen. Voor wat hierboven gezegd is over het notarieel testament in verband met de vernietiging door de erflater, geldt ook voor een derde. Als de vernietiging van het afschrift door de erflater niet geldt als een stilzwijgende herroeping, dan kunnen we *a fortiori* aannemen dat de vernietiging van het afschrift door een derde geen gevolg zal hebben aangezien de notariële akte zich nog onder de minuten van de notaris bevindt. Dat het hem lukt om de minuut te bemachtigen en te vernietigen lijkt mij weinig waarschijnlijk. En zelfs dan zijn de akten die de notaris opstelt, ingeschreven in het repertorium van de notaris⁷² en geregistreerd in het Centraal Register

⁶⁸ H. JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 182.

⁶⁹ W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH, en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, nr. 1569.

⁷⁰ M. GREGOIRE, “Qui peut signer et recevoir un testament international?” in J. DEMBLON, R. DE VALKENEER en M. GREGOIRE (eds.), *De nouvelles normes testamentaires*, Brussel, Bruylant, 1983, 144-145.

⁷¹ Art. 20 en art. 22 Organieke Wet Notariaat.

⁷² Art. 29 Organieke Wet Notariaat.

voor Testamenten⁷³. Dezelfde redenering kunnen we maken voor het internationaal testament en het onderhands testament dat door de erflater in bewaring is gegeven bij de notaris. De notaris zal het testament immers weigeren te overhandigen aan een derde, zowel als de testator nog in leven is, als wanneer hij is overleden aangezien het testament dan zijn uitwerking zal krijgen. En zeker voor het internationaal testament stoten we bovendien weer op de inschrijving ervan in het repertorium⁷⁴ en de registratie van het testament in het Centraal Register voor Testamenten. Ook eigenhandige testamenten die in bewaring worden gegeven aan de notaris moeten in het Centraal Register worden opgenomen, tenzij de testator zich daar formeel en schriftelijk tegen verzet.⁷⁵ De stelling dat de notaris er zelf een belang bij zou hebben het testament te vernietigen en dat effectief doet, laten we ook buiten beschouwing. Moest het nu toch voorkomen dat een derde succesvol een authentiek testament weet te vernietigen, dan gelden naar analogie met het *verlies* van een authentiek testament door toeval of overmacht (brand, oorlog of misschien kunnen we in deze tijd beter denken aan een bomaanslag) dezelfde principes zoals ik ze hieronder zal uiteenzetten voor het onderhands testament.⁷⁶

3.3. DE GELIJKSTELLING EN HET VERSCHILPUNT MET HET VERLIES VAN HET TESTAMENT DOOR TOEVAL OF OVERMACHT

Er wordt algemeen aangenomen dat de vernietiging van het testament door een derde gelijk staat met het verloren testament door toeval of overmacht.⁷⁷ We zullen dan ook een beroep kunnen doen op art. 1348 B.W. dat een uitzondering is op het principe van het bewijs door een geschrift inzake verbintenissen.⁷⁸ Het verschilpunt is dat de legataris die hierdoor schade lijdt, eventueel schadevergoeding zal kunnen eisen op basis van art. 1382 B.W.⁷⁹ Dat wilt zeggen dat als de legataris waarvan het testament verloren is gegaan door toeval of overmacht, de precieze inhoud van het testament niet kan bewijzen,

⁷³ Wet 13 januari 1977 houdende goedkeuring van de overeenkomst inzake de vaststelling van een stelsel van registratie van testamenten; art. 1 KB tot vaststelling van de regels voor de registratie van de uiterste wilsbeschikkingen en voor de raadpleging van het centraal register van uiterste wilsbeschikkingen.

⁷⁴ N. TORFS, "Commentaar bij art. 9 Wet Internationaal Testament", in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (eds.), *Ervenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2002.

⁷⁵ W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH, en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, 709.

⁷⁶ H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 847.

⁷⁷ Brussel 16 maart 1972, *Rev. not. b.* 1974, 224, noot; JACOBS, "Les testaments (Forme)", in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 65; R. DILLEMANS, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, VII, *Testamenten*, 73; DEKKERS, R., *o.c.*, nr. 1284 B; H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 845 A en nr. 846.

⁷⁸ R. DILLEMANS, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, VII, *Testamenten*, 71.

⁷⁹ R. DILLEMANS, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, VII, *Testamenten*, 73; H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 846.

hij met lege handen zal achterblijven in tegenstelling tot de legataris die kan bewijzen dat het testament is vernietigd door een derde. In het laatste geval kan die legataris ofwel de precieze inhoud van het testament aantonen waardoor het uitwerking kan hebben ofwel kan hij schadevergoeding eisen van de derde als hij de exacte inhoud van het testament niet kan bewijzen. De rechter zal die schadevergoeding dan *ex aequo et bono* vaststellen. In die zin werd ook beslist in een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 6 januari 1969. De legataris mag een beroep doen op zowel art. 1348 als art. 1382 Code Civil wanneer vaststaat dat een erfgenaam het testament heeft doen verdwijnen.⁸⁰

3.4. ART. 1348, 4° EN HET VIERVOUDIG BEWIJS

3.4.1. Algemeen

Hoewel het geschrift een geldigheidsvereiste is voor het bestaan van het testament, is de uitzondering van art. 1348, 4° ook van toepassing op testamenten.⁸¹ Volgens H. De Page is er geen onderscheid te maken of het testament door toeval verloren is gegaan of door een frauduleuze handeling is vernietigd, dan wel of dit tijdens het leven van de testator plaatsvond of na zijn dood.⁸²

Degene die zich beroept op art. 1348, 4° B.W. zal een moeilijk bewijs moeten leveren bestaande uit vier verschillende elementen.⁸³ Het bewijs van al die elementen mag geleverd worden met alle middelen van recht. Dit bewijs zal ik nu toelichten.

Op de eerste plaats zal bewezen moeten worden dat de vernietiging plaatsvond door een derde. Dit komt er op neer dat het vermoeden van vernietiging door de testator moet worden weerlegd. Als de vernietiging plaatsvond na de dood van de testator zal dit bewijs niet zoveel problemen opleveren als wanneer de vernietiging plaatsvond terwijl de testator nog in leven was. Toch moet men ook hier opletten of de vernietiging niet gebeurde in opdracht van de testator. Volgens H. De Page is dit eerste element een ontvankelijkheidsvoorwaarde om het bewijs van de andere drie elementen te kunnen leveren. De overige drie elementen hebben dan tot doel het verloren testament te reconstitueren.⁸⁴

Op de tweede plaats moet het bestaan van een geschrift en de inhoud ervan, alsmede de wil om te testeren bewezen worden. Hier zal een beroep op getuigen en vermoedens wellicht noodzakelijk zijn. In eerder zeldzame gevallen zal de notaris kennis hebben van het testament en de inhoud ervan.

⁸⁰ Cass. Fr. 6 januari 1969, *Bull. Civ.* 1969, I, 3.

⁸¹ Cass. 1 april 1927, *Rev. Not.b.* 1929, 94 ; Cass. 15 november 1926, *Rev. Not.b.*, 1927, 575; Luik 17 februari 1926, *Pas.* 1926, II, 103 ; Luik 19 november 1909, *Pas.* 1910, II, 150 ; H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 841 ; F. LAURENT, *o.c.*, nr. 113 en 115.

⁸² H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 841 in fine.

⁸³ JACOBS, "Les testaments (Forme)", in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 65-66 ; H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 845.

⁸⁴ H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, 959.

Vervolgens moet ook het bewijs geleverd worden dat het een regelmatig testament was, dat wilt zeggen dat voor een eigenhandig testament aan de vereisten van art. 970 B.W. moet zijn voldaan en dat de testator bekwaam was om te testeren. Als het eerste element vaststaat, namelijk de vernietiging door een derde, komt de legataris een vermoeden ter hulp. Het testament wordt dan namelijk geacht regelmatig naar vorm te zijn.⁸⁵ Voor wat betreft de bekwaamheid van de testator zijn er over het algemeen ook niet zoveel problemen aangezien de bekwaamheid de regel is. Daarenboven moet de datum enkel bewezen worden als dat relevant is om de bekwaamheid van de testator op het ogenblik van het maken van de akte te bepalen of om de volgorde te bepalen indien er meerdere testamenten bestaan.⁸⁶ Hebben we in een zeldzaam geval te maken met de vernietiging van een authentiek testament, dan hoeft de regelmatigheid niet bewezen te worden. Die regelmatigheid wordt immers vermoed bij een akte die is opgesteld door een openbare ambtenaar.⁸⁷ Bij het internationaal testament verwijs ik nog naar art. 12 van de Wet Internationaal Testament waarin wordt bepaald: “tot het tegendeel bewezen is wordt de verklaring van de bevoegde persoon aanvaard als een voldoende bewijs van de formele geldigheid van de akte, als testament in de zin van deze wet”. Ook voor het internationaal testament wordt het bewijs van de regelmatigheid aldus vergemakkelijkt.

Een laatste element dat moet worden aangetoond is dat de testator geen kennis had van de vernietiging als die plaatsvond tijdens zijn leven.⁸⁸ De testator is dan immers in de mogelijkheid, behoudens eventueel uitzonderlijke omstandigheden, om een nieuw testament te maken. Als hij dat niet doet, en zich dus neerlegt bij de vernietiging, hebben we eigenlijk te maken met een stilzwijgende herroeping.⁸⁹

In Frankrijk treffen we zeer gelijkaardige rechtspraak aan. Men beroept zich daar ook op art. 1348, 4° B.W. om aan te tonen dat er een geldig testament was en om de inhoud ervan te achterhalen. Dit bewijs kan tevens geleverd worden door alle middelen van recht.⁹⁰ In een arrest van het Hof van Beroep van Parijs werd toegestaan dat de testamentaire beschikkingen mochten worden aangetoond door middel van getuigen zodra werd aangetoond dat er een testament had bestaan en dat het was vernietigd door een derde.⁹¹ In een later arrest van hetzelfde Hof mocht zelfs het bewijs van het bestaan en de vernietiging van het testament door getuigen en vermoedens worden aangebracht.⁹² Ook het vermoeden van regelmatigheid van het testament wordt

⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 845, C.

⁸⁶ JACOBS, “Les testaments (Forme)”, in *Rép. Not.*, III, VIII, Brussel, Larcier, 2006, 66.

⁸⁷ H. DE PAGE, *Traité*, VIII/2, nr. 847.

⁸⁸ Luik 3 december 1955, *R.W.*, 1958-59, 1708.

⁸⁹ F. LAURENT, *o.c.*, nr. 121.

⁹⁰ Cass. Fr. 29 januari 1957, *J.C.P. G* 1957, IV, 39, *Gaz. Pal.* 1957, 1, 373.

⁹¹ CA Parijs 31 januari 1957, *J.C.P. G* 1957, IV, 138, *D.* 1957, 240.

⁹² CA Parijs 9 december 1960, *D.* 1961, 264.

aangenomen als er bewezen kan worden dat de vernietiging het werk is van een derde.⁹³

3.4.2. Bewijs door een fotokopie

Ik beoog hier enkel de fotokopie van een onderhandse akte, vermits de problematiek rond de bewijswaarde van een fotokopie in het kader van de vernietiging van het testament zich in de praktijk hier het meest zal laten voelen. Volledigheidshalve dient vermeld dat er voor wat betreft de afschriften van authentieke akten een regeling is opgenomen in de art. 1334-1336 B.W. Daarin wordt een onderscheid gemaakt al naargelang de oorspronkelijke titel nog bestaat of niet en worden de verschillende vormen van afschriften getoetst op hun bewijswaarde.

Vermits de vier elementen mogen worden bewezen aan de hand van alle middelen van recht, zal ook een fotokopie van het testament in bepaalde gevallen dienstig kunnen zijn. In het bijzonder voor het tweede en het derde element, namelijk het geschrift en de inhoud en de regelmatigheid ervan, kan een kopie een grote hulp zijn. In het algemeen wordt in de rechtsleer aangenomen dat de algemene principes van het gemeen recht mogen worden toegepast op een testament dat is vernietigd.⁹⁴ Vermits de vernietiging wordt gelijkgesteld met een verlies door toeval of overmacht wordt verwezen naar art. 1348, 4° B.W. en zal de fotokopie al naargelang de omstandigheden de waarde hebben van een begin van bewijs door geschrift, van een getuigenis of van een vermoeden.

Er werd reeds in verschillende rechterlijke beslissingen aanvaard dat een fotokopie een voldoende bewijs kan leveren. Zo werd in een recent arrest van het Hof van Beroep van Luik beslist dat indien het origineel van een eigenhandig testament is verloren gegaan, het bewijs van het testament kan worden geleverd door een beroep te doen op een fotokopie op voorwaarde dat die kopie de vormvereisten van art. 970 B.W. verenigt.⁹⁵ *In casu* werd geoordeeld dat het testament was verloren gegaan naar aanleiding van de verhuis van de *de cuius*. Verder werd door de partijen niet betwist dat het ging om een geldige kopie van het testament dat volledige eigenhandig was geschreven, gedagtekend en ondertekend door madam L.R. Op die manier weerspiegelde de kopie dus de vormvoorwaarden van art. 970. Uit dit alles besloot het Hof: “overwegende dat het testament van 11 augustus 1987 geldig is en dat de aangevoerde titel door appellanten voldoende is om hun als testamentaire erfgenamen te beschouwen”. In dezelfde lijn treffen we vroegere rechtelijke uitspraken aan. In een arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen werd geoordeeld dat vermits appellante niet het origineel voorlegde maar slechts een kopie, die niet kan voldoen aan de vereisten van art. 970

⁹³ CA Nancy 17 november 1949, *J.C.P.* G 1950, II, 5596, noot P. VOIRIN, *Gaz. Pal.* 1949, 2, 384.

⁹⁴ M. RENARD-DECLAIRFAYT, “Force probante des actes notariés”, in *Rép. Not.*, XI, VI, Brussel, Larcier, 1983, nr. 147 en 151.

⁹⁵ Luik 16 januari 2001, *J.L.M.B.* 2001, 787.

B.W. , en dat ze daarenboven niet bewees dat het origineel verloren ging door toeval of overmacht, de laatste wil van de overledene daarmee niet kon worden aangetoond.⁹⁶ A contrario kunnen we dus stellen dat de kopie wel in aanmerking kan worden genomen als toeval of overmacht kan worden aangetoond. Als we nog verder terugduiken in de tijd, vinden we een analoge redenering in twee arresten van het Hof van Beroep van Brussel.⁹⁷ De rechter stelt “overwegende dat de fotoafdruk van een eigenhandig testament principieel geen bewijskracht bezit; dat, echter, indien bewezen wordt dat dit testament door overmacht verloren ging, het bewijs van het bestaan ervan, van zijn regelmatigheid, wat de vormvereisten betreft, en van zijn inhoud door getuigenissen en vermoedens geleverd mag worden (art. 1348; 4° van het Burgerlijk Wetboek); dat onder deze vermoedens, de rechter gerechtigd is een fotoafdruk te weerhouden”.⁹⁸

In een recent cassatiearrest van het Franse Hof van cassatie wordt ook toegelaten dat het bewijs aan de hand van een kopie kan worden geleverd.⁹⁹ Door een combinatie van art. 1348 en 895 Code Civil zou de begunstigde van een testament die slechts over een kopie beschikt wel moeten aantonen dat die kopie een getrouwe en duurzame weergave is van het testament. Bovendien is het vereist dat die kopie nog bestond ten tijde van het overlijden van de testator en niet door hem is vernietigd opdat we er de laatste wil van de testator uit kunnen opmaken. *In casu* werd de voorziening verworpen omdat het Hof van Beroep van Aix-en-Provence zijn uitspraak naar recht had verantwoord door te stellen dat de kopie geen geldig bewijsmiddel was nu niet was aangetoond dat het originele document was vernietigd door toeval, onafhankelijk van de wil van zijn opsteller. Uit dit arrest kunnen we dus afleiden dat we geen beroep kunnen doen op een fotokopie zolang er geen sprake is van vernietiging door toeval.

4. EEN VERGELIJKING MET NEDERLAND

4.1. ALGEMEEN

In Nederland is het erfrecht vrij recent grondig gewijzigd. De zogenaamde ‘Bezemwet’ werd op 24 februari 2000 ingediend bij de Tweede Kamer en aanvaard in de Eerste Kamer op 16 april 2002. Het nieuwe erfrecht trad vervolgens in werking op 1 januari 2003.¹⁰⁰

⁹⁶ Antwerpen 18 januari 1999, A.J.T. 2000-01, 1, noot J. VAN BROECK.

⁹⁷ Brussel 16 maart 1972, Rev. not. b. 1974, 224, noot; Brussel 14 februari 1968, T. Not. 1969, 231 met noot en Rev. Gen. Enr. Not. 1970, 158 met noot.

⁹⁸ Brussel 14 februari 1968, T. Not. 1969, 231 met noot en Rev. Gen. Enr. Not. 1970, 158 met noot.

⁹⁹ Cass. Fr. 13 december 2005, *Bull. Civ.*, 2005, I, 423, D. 2006, 102.

¹⁰⁰ M.J.A. VAN MOURIK, “Nieuw erfrecht”, in J. Hijma (ed.), *Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 6.

Voor wat het onderwerp van deze paper betreft, is er een wijziging voor één bepaalde vorm van 'uiterste wil', namelijk het codicil.

4.2. VORM VAN UITERSTE WILLEN

Artikel 4:94 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek bepaalt: 'behoudens hetgeen in de artikelen 97 tot en met 107 is bepaald, kan een uiterste wil alleen worden gemaakt bij een notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte.'¹⁰¹

De nieuwe wet kent dus twee vormen van uiterste wil, namelijk een testament in de vorm van een notariële akte (het notariële testament) en de onderhandse uiterste wil die in bewaring wordt gegeven aan de notaris (het depot-testament).¹⁰² Er is op die manier steeds een tussenkomst van de notaris vereist.

Daarnaast bestaat er zoals onder de vroegere wetgeving ook nog de mogelijkheid om een codicil te maken. Een codicil is een onderhands stuk dat tevens onderworpen is aan enkele vormvereisten. Het moet volledig met de hand geschreven zijn en de erflater moet het dagtekenen en ondertekenen. Het moet echter niet bij de notaris in bewaring worden gegeven. In een codicil kunnen slechts een beperkt aantal legaten worden gemaakt, bijvoorbeeld van kleren of boeken. Daarnaast kunnen er nog enkele andere beschikkingen in voorkomen onder andere wat betreft de lijkbezorging. Een testament-uitvoerder aanduiden in een codicil is in tegenstelling tot vroeger niet meer mogelijk.¹⁰³

4.3. HERROEPING DOOR VERNIEGING

In tegenstelling tot het Burgerlijk Wetboek in België treffen we in het Nederlands Burgerlijk wetboek in Boek 4, titel 4, afdeling 5, dat handelt over de herroeping van uiterste wilsbeschikkingen, een artikel aan over de vernietiging van het stuk.¹⁰⁴ Hierin bevindt zich een wijziging ten opzichte van het vroegere Nederlandse erfrecht.

De bepaling geldt enkel voor het codicil. Het codicil wordt herroepen als de erflater het vernietigt. De discussie over de kwalificatie van de vernietiging zal in Nederland dus niet moeten worden gevoerd, aangezien in de wet wordt bepaald dat we te maken hebben met een herroeping. Ook is er in tegenstelling tot België een wettelijk vermoeden dat als het stuk vernietigd is, dit wordt geacht te zijn geschied door de erflater. Het artikel geldt ook voor codicillen

¹⁰¹ Art. 4:94 NBW.

¹⁰² W.G. HUIJGEN, W.M. KLEIJN, T.J. MELLEMA-KRANENBURG, W.R. MEIJER, A.J.H. PLEYSIER, B.E. REINHARTZ en A.L.M. SOONS, *Nieuw erfrecht, de consequenties voor de praktijk*, Zeist, Uitgeverij Kerckebosch, 1998, 105-106.

¹⁰³ W.D. KOLKMAN, B.E. REINHARTZ, L.C.A. VERSTAPPEN en I.J.F.A. VAN VIJFEIJKEN, *Erfrecht, Tekst & Commentaar*, Deventer, Kluwer, 2006, 130-134.

¹⁰⁴ Art. 4:114 NBW.

die onder het oude recht zijn vernietigd.¹⁰⁵ Die vernietigingen genieten nu ook van het wettelijk vermoeden dat de vernietiging het werk zou zijn van de erflater zelf. Dit vermoeden van vernietiging door de erflater gaat volgens S. Perrick te ver. Men mag uit de vernietiging niet zomaar afleiden dat hij door de erflater is geschied maar men moet rekening houden met de omstandigheden.¹⁰⁶

Wat mijns inziens gewijzigd is ten opzichte van de vroegere regeling is het wettelijk vermoeden van vernietiging door de erflater zelf. Het oude artikel 4:982, 2^e lid bepaalt immers: ‘de herroeping van zodanige verklaring kan op dezelfde wijze onder de hand geschieden.’¹⁰⁷ Dat zal dan in de praktijk vooral gebeurd zijn door het codicil te vernietigen en eventueel een nieuw op te stellen. Zeker als de erflater geen nieuw codicil wil tot stand brengen is het zoals Pitlo stelt “eenvoudiger een codicil te vernietigen, dan er een briefje naast te leggen dat het niet doorgaat.”¹⁰⁸ De vernietiging van het stuk door de erflater is daarenboven ook zekerder.¹⁰⁹ Dit werd beschouwd als een stilzwijgende herroeping.¹¹⁰

Een laatste punt over het vermoeden van vernietiging door de erflater is het feit dat dit vermoeden de erfgenaam die een codicil heeft vernietigd, tegemoetkomt wanneer hem daardoor onwaardigheid boven het hoofd hangt.¹¹¹ Art. 4:3 e bepaalt immers dat “hij die de uiterste wil van de overledene heeft verduisterd, vernietigd of vervalst, van rechtswege onwaardig is om uit een nalatenschap voordeel te trekken”. Wat onder verduisteren moet worden verstaan volgens de parlementaire geschiedenis is niet het strafrechtelijk begrip maar het ‘voor anderen onvindbaar maken’.¹¹² Een persoon die onwaardig wordt bevonden kan dan noch als wettige erfgenaam opkomen in de nalatenschap noch als legataris of lastbevoordeelde uit de nalatenschap genieten.¹¹³

In België maakt de vernietiging geen grond van onwaardigheid uit (of ondankbaarheid in hoofde van de legataris van een testament). Zowel de opsomming in art. 727 B.W., dat speelt in het kader van de onwaardigheid in het erfrecht *ab intestato*, als de opsomming in art. 1046 B.W. over de gronden

¹⁰⁵ MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 822, nr. 3, p.15.

¹⁰⁶ C. ASSER en S. PERRICK, *Erfrecht*, in Asser-Serie, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 270.

¹⁰⁷ Art. 4:982 NBW (oud).

¹⁰⁸ A. PITLO en Gr. VAN DER BURGHT, *Erfrecht naar het recht van 1992*, in X. (ed.) *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 198.

¹⁰⁹ C. ASSER en S. PERRICK, *Erfrecht*, in Asser-Serie, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, nr. 260.

¹¹⁰ J.E. KASDORP, W.M. KLEYN, W. WEDEKIND en J.W. ZWEMMER, *Compendium Erfrecht*, Deventer, Kluwer, 1998, 36-37; C. ASSER en S. PERRICK, *Erfrecht*, in Asser-Serie, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 269-270.

¹¹¹ F.W.J.M. SCHOLS, “Wie uiterste wilsbeschikkingen kunnen maken en wie daaruit voordeel kunnen genieten”, in M.J.A. VAN MOURIK (ed.), *Handboek Erfrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 240.

¹¹² A. PITLO, Gr. VAN DER BURGHT en E.W.J. EBBEN, *Het Nederlands burgerlijk recht*, V, *Erfrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 29.

¹¹³ *Ibid.*, 25.

van ondankbaarheid van de legataris zijn limitatief.¹¹⁴ In die opsomming treffen we geen bepaling aan over de onwaardigheid of ondankbaarheid ten gevolge van de vernietiging van het testament. Dat zou als een logisch gevolg kunnen worden beschouwd van het feit dat in het Belgisch Burgerlijk Wetboek de vernietiging van het testament nergens ter sprake komt. Maar het is echter zo dat reeds voor de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in Nederland degene die de uiterste wil van de erflater heeft vernietigd als onwaardig werd aanzien. Zo bepaalde art. 4: 885, 4^o (oud): “Als onwaardig om erfgenaam te zijn, worden beschouwd en als zoodanig van de erfenis uitgesloten: Hij, die den uitersten wil van den overledene heeft verduisterd, vernietigd of vervalscht”.

Voor wat betreft het bewijs van de inhoud van een uiterste wil die verbrand of verscheurd wordt teruggevonden, is er een gelijkaardige regel zoals in België voor wat betreft de bewijsmiddelen. “Wanneer een uiterste wil is tenietgegaan of onleesbaar is geworden, kan de inhoud van die wil door alle bewijsmiddelen worden bewezen. Wanneer de inhoud niet bewezen kan worden, geldt de uiterste wil als vervallen.”¹¹⁵

4.4. VERNIEGING BIJ HET NOTARIEEL EN DEPOT-TESTAMENT

Voor het notarieel testament en het depot-testament treffen we dus ook geen wettelijke regeling aan in verband met de vernietiging van het testament. Hier stelt Pitlo dat het niet werkt als een testator het afschrift verscheurt dat hem door de notaris werd uitgereikt.¹¹⁶ Ook de vernietiging of de verduistering door een derde zal het meeste kans op slagen hebben bij het codicil. Het onvindbaar maken of het vernietigen van het afschrift van het testament zal immers geen uitwerking hebben aangezien de notaris dan nog altijd over de minutakte beschikt. Ook al zou men er in slagen de minuut te vernietigen, dan nog staat de akte vermeld in het notariële repertorium. Als iemand over de nodige elektronische vaardigheden zou beschikken, zou hij er eventueel in kunnen slagen de akte te vervalsen.¹¹⁷ De vernietiging door een derde van het depot-testament zal zich tevens in de praktijk weinig stellen aangezien dit onderhands stuk in bewaring moet worden gegeven aan de notaris en een derde het dus niet zo gemakkelijk zal kunnen bemachtigen.

¹¹⁴ Gent 23 november 1927, *Pas.* 1928, II, 70; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 588 en 721.

¹¹⁵ C. ASSER. en S. PERRICK, *Erfrecht*, in *Asser-Serie*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 253.

¹¹⁶ A. PITLO, Gr. VAN DER BURGHT en E.W.J. EBBEN, *o.c.*, 317.

¹¹⁷ *Ibid.*, 29.

5. BESLUIT

De meerderheidsopvatting over de kwalificatie van de vernietiging door de testator gaat in de richting van een stilzwijgende herroeping. Ook ik sluit mij daarbij aan en het idee dat het testament nooit heeft bestaan lijkt mij een vreemde gedachte. Zoals ik heb aangetoond, laat de kwalificatie als herroeping meer ruimte voor nuancering in bepaalde situaties. Toch vind ik dat er voor de vernietiging door de testator bij een onderhands testament best een wettelijke basis wordt gecreëerd naar analogie met Nederland. Op die manier wordt tegemoet gekomen aan het argument dat de gronden van herroeping in de wet limitatief zijn en zal iedereen dezelfde kwalificatie hanteren. In tegenstelling tot Frankrijk, waar het Hof van Cassatie al vroeg het standpunt van een stilzwijgende herroeping naar voren schoof, is daar in België veel minder duidelijkheid over. Tevens stelt het probleem van een vernietigd testament zich in de praktijk regelmatig. Er zijn immers lage drempels om een eigenhandig testament te maken. Een persoon die zinnens is een testament op te stellen, zal zich wellicht minimaal informeren naar de vormvereisten en zal die ook makkelijk achterhalen. Als hij daarna echter van mening verandert, is het logisch dat zich als oplossing op de eerste plaats een materiële vernietiging van het testament of een doorhaling van de tekst aandient. Die oplossing zal hij niet vinden in een wetsartikel, maar wel mogelijkheden zoals een uitdrukkelijke herroeping door een later testament, of een stilzwijgende herroeping door onverenigbare beschikkingen in een later testament. Daarbij kunnen echter twijfels rijzen bij de testator wat er nu met die regels wordt bedoeld. Hij kan zich bijvoorbeeld afvragen hoe hij precies die onverenigbare beschikkingen moet formuleren. Zijn voorkeur zal misschien blijven uitgaan naar een gewone verscheuring van wat hij geschreven heeft. Daarbij tevens een wettelijk vermoeden van herroeping of een vermoeden van vernietiging door de testator zelf invoeren, lijkt mij geen goed idee. Dat kan best in iedere zaak feitelijk worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden. Een vermoeden van herroeping laat te weinig ruimte om een andere bedoeling van de testator naar voren te schuiven en een vermoeden van vernietiging door de testator komt een kwaadwillige erfgenaam dan weer te veel tegemoet. De vernietiging door een derde is door de rechtspraak en rechtsleer goed ondervangen door een beroep te doen op art. 1348,4° B.W, net zoals dat ook in Frankrijk het geval is. Zo krijgt een legataris de mogelijkheid aan te tonen waar hij volgens het testament recht op had, ondanks het ontbreken van het volledige geschrift zelf. Het is geen gemakkelijk bewijs om al de vier elementen aan te tonen, maar daarvoor zijn wel alle middelen van recht toegelaten wat dan weer ruime mogelijkheden biedt. Dat toont ook de rechtspraak aan die creatief omgaat met het gebruik van een fotokopie als bewijsmiddel.