

Zakelijke subrogatie bij een fideicommis de residuo

Alexander Mondy

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Vincent Sagaert en Dhr. Andreas Laga

1. ONDERZOEKSVRAAG

Het fideicommis de residuo stamt al uit het Romeinse recht. Gedurende lange tijd stond de interesse voor de rechtsfiguur in de praktijk echter op een laag pitje. Na die periode van afwezigheid heeft ze opnieuw haar plaats gevonden in de gereedschapskist van de familiale vermogensplanning.¹ Over bepaalde aspecten wordt in de rechtsleer wel nog geredetwist. Eén discussiepunt verdient de aandacht in het bijzonder en dat is de vraag of zakelijke subrogatie mogelijk is in het kader van een fideicommis de residuo.² Zakelijke subrogatie is immers een uitermate wenselijk instrument bij het gebruik van een fideicommis de residuo. Het valt moeilijk te ontkennen dat het fideicommis anderszins veel van haar waarde verliest. Het loont dan ook de moeite te onderzoeken of de juridische fundamenten ervan waterdicht zijn. Voorlopig kunnen we de onderzoeksvraag dus als volgt formuleren: is zakelijke subrogatie mogelijk in het geval van een fideicommis de residuo? Enkel met het oog op een definitieve formulering van de onderzoeksvraag zullen we nu beide bouwstenen – het fideicommis de residuo en de zakelijke subrogatie – kort uit te doeken doen. Later volgt nog een uitgebreider begripsomschrijving.

Het fideicommis de residuo is een zogenaamde tweetrapsbeschikking. Ze houdt in dat de beschikker de goederen legateert of schenkt aan een eerste begiftigde, de bezwaarde, onder het beding dat, wanneer deze laatste overlijdt, de goederen waarover de bezwaarde niet heeft beschikt worden toegekend aan een tweede begiftigde, de verwachter.³ Essentieel is dat op de bezwaarde geen bewaarplicht rust. Anders komen we in het vaarwater terecht van de verboden erfstelling over de hand (art. 896 BW).

¹ R. JANSEN, “Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het fideicommis de residuo”, in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 353.

² W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1234.

³ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229.

Zakelijke subrogatie houdt in dat een goed, als voorwerp van een zakelijk recht, vervangen wordt door een ander goed, dat nu het nieuwe onderpand zal uitmaken waarop dat zakelijk recht betrekking heeft.⁴ Zo wordt het voortbestaan van het zakelijk recht verzekerd bij het juridisch of materieel tenietgaan van het voorwerp ervan. Zoals DEKKERS het zo mooi stelt, draagt zakelijke subrogatie “voor symbool de feniks, die wondervogel die uit zijn as herrijst”.⁵

Wat betekent het nu dat zakelijke subrogatie mogelijk is binnen een fideicommiss de residuo? De toepassing van zakelijke subrogatie zou inhouden dat een surrogaat dat verkregen is ten gevolge van een daad van beschikking over de fideicommissaire goederen de plaats zou innemen van dat goed binnen het fideicommissaire vermogen. Nu hebben we dus onze definitieve onderzoeksvraag: als een persoon goederen overmaakt aan een eerste begiftigde, met de intentie dat het residu van deze goederen bij het overlijden van deze laatste overgaat naar een tweede begiftigde, nemen de goederen die de eerste begiftigde heeft verkregen naar aanleiding van een beschikking dan vanuit een zakenrechtelijk gezichtspunt de plaats in van de vervreemde goederen? Daarbij zullen we vanuit een rechtsvergelijkend perspectief analyseren hoe het Nederlandse en het Franse recht met dit vraagstuk zijn omgegaan.

2. BEGRIPSOMSCHRIJVING

2.1. HET FIDEICOMMISS DE RESIDUO

2.1.1. In het Belgische recht

a. Begrip en nut

Het fideicommiss de residuo is een tweetrapsbeschikking waarbij de goederen die zich op het ogenblik van het overlijden van de eerste begiftigde nog in diens vermogen bevinden, worden overgemaakt aan een tweede begiftigde, eveneens aangeduid door de beschikker.⁶ Meestal neemt een fideicommiss de residuo de vorm aan van een testament, soms ook van een schenking. Het fundamentele verschil met de verboden erfstelling over de hand is dat aan de bezwaarde geen bewaringsplicht wordt opgelegd: deze kan, in zekere mate, blijven beschikken over de fideicommissaire goederen en de verwachter

⁴ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 5.

⁵ R. DEKKERS, “Over de grondslag van de zakelijke indeplaatstelling”, *RW* 1954-55, 1333, nr. 9.

⁶ H. DE PAGE, *Traité*, VIII-2, 1883, nr. 1750; R. PIRSON, “Le fidéicommiss “de residuo” et la faculté de disposition de celui qui en est chargé” (noot onder Gent 23 mei 1951) *R.C.J.B.* 1952, 190, nr. 1; M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 621-622; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229.

verkrijgt niet meer dan het residu hiervan.⁷ Dit verklaart waarom men soms ook spreekt van een legaat *de eo quod supererit*.⁸ Gevolg van deze ontstentenis aan bewaringsplicht is dat het gevaar voor de dode hand geweken is: men hoeft niet meer te vrezen dat goederen worden geïmmobiliseerd en niet langer deelnemen aan het handelsverkeer.⁹

Belangrijke technische opmerking daarbij is dat de tweede begiftigde de fideicommissaire goederen niet verkrijgt vanuit het vermogen van de eerste begiftigde maar rechtstreeks vanuit het vermogen van de beschikker. Het residuum keert volgens een juridische fictie terug naar de nalatenschap van deze laatste om van daaruit te worden toebedeeld aan de verwachter.¹⁰ Dit houdt verband met de kwalificatie van de rechten van de verwachter als een eigendomsrecht onder opschortende termijn.

Zoals reeds vermeld kent het fideicommis de residuo een uiterst venerabel verleden. Misschien is het dan ook goed om eens heel kort de ontstaansgeschiedenis en de etymologie achter het begrip uit de doeken te doen. Bij de Romeinse burger ontstond de behoefte om ook niet-burgers te kunnen bevoordelen bij testament. Legateren aan een niet-burger was echter niet toegelaten. Dus verzocht men zijn erfgenaam om (een deel van) zijn nalatenschap uit te keren aan de niet niet-burger. Aanvankelijk werd hiervoor gerekend op het fatsoen van de erfgenaam. Men deed beroep op diens goede wil (*fidei committere*).¹¹ Later werden rechtsmiddelen gecreëerd om deze morele verplichting ook in rechte af te dwingen.¹²

Een fideicommis de residuo is uiteraard het ultieme instrument om goederen in de familie te houden. Men heeft bijvoorbeeld een gehuwd kind, dat men wil

⁷ H. DE PAGE, *Traité*, VIII-2, 1883, nr. 1750; R. PIRSON, "Le fidéicommiss "de residuo" et la faculté de disposition de celui qui en est chargé" (noot onder Gent 23 mei 1951) *R.C.J.B.* 1952, 193, nr. 3; R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1971, 218; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 625; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 540, nr. 1317; M. COENE, "Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand?", *NJW* 2004, 363; J-P DELOBBE en F. DELOBBE, "Le fideicommis de residuo", in *Liber amicorum P. Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 202-203; K. RUYSEN, "De erfstelling over de hand", *Jura Falc.* 2006-07, 384; R. BARBAIX, "Last van fidei-commis de residuo", in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Vermogensplanning met effect bij leven: schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 563, nr. 870; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229.

⁸ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229.

⁹ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 313-314.

¹⁰ R. PIRSON, "Le fidéicommiss "de residuo" et la faculté de disposition de celui qui en est chargé" (noot onder Gent 23 mei 1951) *R.C.J.B.* 1952, 194; R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1971, 219, nr. 123; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 645; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 540, nr. 1317; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229.

¹¹ L. WAELKENS, *Civium Causa: handboek Romeins recht*, Acco, Leuven 2008, 251.

¹² L. WAELKENS, *Civium Causa: handboek Romeins recht*, Acco, Leuven 2008, 252.

bevoordelen, zonder dat diens echtgenote het vruchtgebruik op die goederen zal verkrijgen. In dergelijk geval kan men zijn kleinkinderen als verwachters aanduiden.

De dag van vandaag toont de constructie zich ook nuttig wanneer de eerststervende echtgenoot kinderloos is gebleven en deze toch de langstlevende zo veel mogelijk wil bevoordelen.¹³ Een algemeen legaat lijkt de vanzelfsprekende oplossing maar leidt ertoe dat de goederen volledig toevallen aan de familie van de langstlevende, terwijl de familie van de eerststervende de nalatenschap van haar familielid volledig (behoudens een eventuele reserve uiteraard) en definitief aan zich ziet voorbijgaan. Het fideicommiss de residuo komt hier naar voren als het ideale alternatief: de eerststervende kan bedingen dat de langstlevende de ganse nalatenschap in volle eigendom toebedeeld krijgt en dat bij het overlijden van deze laatste het residu naar de erfgenamen van de eerststervende gaat.

Een laatste toepassingsvoorbeeld is wettelijke samenwoning: het erfrecht van de wettelijk samenwonenden strekt zich enkel uit tot de gezinswoning en de huisraad (art. 947*octies* BW). Wenst men de langstlevende partner ruimer te bevoordelen door middel van een algemeen legaat, dan blijft ook hier de familie van de eerststervende in de kou staan. Aan de hand van een fideicommiss de residuo kan men echter zowel zijn partner als zijn familie bevoordelen.

b. Geldigheidsvoorwaarden

Er zijn een viertal geldigheidsvoorwaarden. Cruciaal is zoals reeds gezegd het ontbreken van een bewaringsplicht in hoofde van de verwachter. Niettemin toont de Belgische rechtspraak zich hierin heel mild: zolang de beschikker de bewaringsplicht niet uitdrukkelijk heeft bedongen, zal de rechtspraak de geldigheid van de beschikking aanvaarden, ook al is er twijfel over het bestaan van een bewaringsplicht.¹⁴

Ten tweede dient er sprake te zijn van een dubbele beschikking: er moeten duidelijk en uitdrukkelijk twee begiftigden worden aangewezen.¹⁵

Verder moet de eerste begunstigde verwekt of geboren zijn, respectievelijk op het ogenblik van de schenking (art. 906 BW) of het overlijden van de testator.

¹³ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1230.

¹⁴ Brussel, 15 juli 1905, *J.T.* 1905, 1429; Rb. Luik, 9 juli 1913, *Pas.* 1914, II, 89; Cass. 16 juni 1950, *Rec.gén.enr.not.* 1951, nr. 19063; V. SAGAERT, "Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?", in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 399, nr. 19.

¹⁵ Brussel 26 maart 1985, *Pas.* 1985, II, 99, *Rec.gén.enr.not.* 1987, nr. 23528; Gent 19 juni 1985, *T.Not.* 1986, 110.

Het kind dient (naderhand) ook levensvatbaar geboren te worden.¹⁶ Aangezien er zich reeds vanaf het overlijden van de testator een vast recht bevond in het vermogen van de verwachter – zo neemt recente rechtspraak en rechtsleer aan¹⁷ –, hoeft deze niet meer in leven te zijn bij de dood van de eerste begiftigde.

Tenslotte kan het fideicommis enkel betrekking hebben op het beschikbaar deel van de nalatenschap.¹⁸ Volgens de traditionele leer wordt hierdoor immers geraakt aan de “ongenaakbaarheid” van de reserve: de reserve moet vrij en onbelast zijn, terwijl het fideicommis de residuo de reserve een voorwaarde oplegt.¹⁹ Heeft het fideicommis inderdaad betrekking op de reserve, dan kunnen de reservataire de nietigverklaring vorderen. Een progressieve strekking aanvaardt echter de geldigheid van een legaat de residuo ten opzichte van de gehele nalatenschap als de eerste begiftigde de enige reservataire erfgenaam is: “De reserve is er ter bescherming van de reservataire erfgenaam en niet van zijn erfgenamen.”²⁰ Bijgevolg kunnen de reservataire erfgenaam of zijn rechtverkrijgenden enkel een vordering tot inkorting instellen wanneer de reserve van de reservataire erfgenaam is aangetast. Het fideicommis de residuo zal inderdaad niet interen op de reserve indien de bezwaarde enige reservataire is, zelfs wanneer zij betrekking heeft op de gehele nalatenschap.²¹ Dit is zeker het geval als de beschikker de beschikkingsbevoegdheid van de eerste begiftigde niet heeft beperkt.

c. Bevoegdheden

Het gemis aan bewaringsplicht impliceert ipso facto een beschikkingsbevoegdheid in hoofde van de bezwaarde. Deze is evenwel aan verschillende beperkingen onderworpen. Eerst en vooral neemt de

¹⁶ P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, 45.

¹⁷ Brussel, 31 januari 1951, *J.T.* 1951, 1153, met advies O.M., *Rev.prat.Not.* 1951, 192; R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1971, 219; M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 647-653, nr. 45-53; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242.

¹⁸ W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 383.

¹⁹ K. RUYSEN, “De erfstelling over de hand”, *Jura Falc.* 2006-07, 394-395; R. BARBAIX, “Last van fidei-commis de residuo”, in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Vermogensplanning met effect bij leven: schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 564, nr. 872; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng*, Mechelen, Kluwer, 2011, 689-690, nr. 660.

²⁰ J. BYTTEBIER, “Het legaat de residuo en de erfrechtelijke reserve”, *T.Not.* 1996, 99, nr. 6.

²¹ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng*, Mechelen, Kluwer, 2011, 692, nr. 662; J. BYTTEBIER, “Het legaat de residuo en de erfrechtelijke reserve”, *T.Not.* 1996, 100, nr. 7; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak Giften (1993-1998)”, *TPR* 1999, 779-1117, nr. 57-511.

rechtspraak²² en rechtsleer²³ aan dat de eerste begunstigde geen testeerbevoegdheid heeft, tenzij expliciet bedongen. Anders zou hij een deel of zelfs het geheel van de fideicommissaire goederen aan derden kunnen legateren en zo het wezen van het fideicommiss teniet doen. Naast dit billijkheidsargument zijn er ook juridisch-technische redenen om de bezwaarde geen testeerbevoegdheid toe te kennen: de legaten verliezen hun voorwerp op het moment van het openvallen van diens nalatenschap. Het voorwerp van de legaten, zijnde de fideicommissaire goederen, verlaat namelijk net op dat moment het vermogen van de eerste begiftigde ten gevolge van het fideicommiss.

Er is onenigheid over de vraag of de eerste begiftigde kan beschikken over de residuele goederen bij schenking. Volgens de meerderheidsopvatting zijn giften onder de levenden, onder voorbehoud van rechtsmisbruik²⁴, toegelaten, behoudens tegenovergestelde intentie van de beschikker.²⁵ Dergelijk schenkingsverbod kan niet alleen volgen uit een uitdrukkelijk beding maar kan afgeleid worden vanuit de vermoedelijke wil van de beschikker.²⁶ Deze stelling is gestoeld op de idee dat schenken behoort tot de bevoegdheden van de eigenaar en deze schenking, in tegenstelling tot een legaat, uitwerking heeft nog tijdens de periode waarin deze eigendomsrechten zich in het vermogen van de eerste begiftigde bevinden, i.e. tijdens het leven van de eerste begiftigde.²⁷ Een minderheidstrekking is daarentegen van oordeel dat het de bezwaarde verboden is te schenken, tenzij de beschikker expliciet het tegendeel heeft bedongen.²⁸

²² Cass. 25 juni 1959, *Pas.* 1959, I, 1156, *Rev.Prat.not.b.* 1960, 140; Cass. 29 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 829, noot, *T.Not.* 1977, 45, *Rec.gén.enr.not.* 1978, nr. 22214; Rb. Luik 10 februari 1992, *Rev.trim.dr.fam.* 1993, 543.

²³ R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1971, nr. 123, 221; VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 628-630; nr. 15-17; DILLEMANS, PUELINCKX-COENE en PINTENS, "Overzicht van rechtspraak – Schenkingen en testamenten", *TPR* 1985, 621, nr. 114; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 540, nr. 1317.

²⁴ J-P DELOBBE en F. DELOBBE, "Le fideicommiss de residuo", in *Liber amicorum P. Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 208-210;

²⁵ Brussel 6 januari 1982, *Rev.not.b.* 1982, 422; R. BARBAIX, "Last van fidei-commis de residuo", in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Vermogensplanning met effect bij leven: schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 568, nr. 878; J. BYTTEBIER, "Het legaat de residuo en de erfrechtelijke reserve", *T.Not.* 1996, 99, nr. 6; J-P DELOBBE en F. DELOBBE, "Le fideicommiss de residuo", in *Liber amicorum P. Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 208; V. SAGAERT, "Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?", in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 398, nr. 17; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 317-318.

²⁶ Cass. 26 februari 1953, *Pas.* 1953, I, 494 ter bevestiging van Gent 23 mei 1951, *RW* 1951-52, 355, concl. J. MATTHIJS en *R.C.J.B.* 1952, 187, noot R. PIRSON.

²⁷ E. VANTHORRE, "De zakenrechtelijke aspecten van het fideicommiss de residuo in vergelijking met de Angelsaksische trust en het Franse erfrecht", *Jura Falc.* 2011-12, 430.

²⁸ Cass. 26 februari 1953, *Pas.* 1953, I, 494 ter bevestiging van Gent 23 mei 1951, *RW* 1951-52, 355, concl. J. MATTHIJS en *R.C.J.B.* 1952, 187, noot R. PIRSON; Antwerpen 23 oktober 2006, *T.Not.* 2008, 191; R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1971, 221, nr. 123; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 631, nr. 19; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, "Overzicht van rechtspraak Giften (1993-1998)", *TPR* 1999, 1032;

Fundamenteel echter is dat de bevoegdheid van de eerste begiftigde om te beschikken over de residuaire goederen onder bezwarende titel op geen enkele wijze beperkt wordt. Is dit wel geval, dan wordt een bewaringsplicht opgelegd en dringt een kwalificatie als verboden erfstelling over de hand zich op.²⁹ Hierop moet een dubbele nuancering worden aangebracht: de bezwaarde moet steeds het beginsel van de goede trouw in acht nemen, in de zin dat hij niet over de fideicommissaire goederen mag beschikken vanuit een *animus nocendi*.³⁰ Bovendien veronderstelt de goede trouw dat de bezwaarde niet voortdurend inteert op de bezwaarde goederen en zijn eigen vermogen gespaard laat.³¹ Net wegens dit absolute karakter van de beschikkingsbevoegdheid onder bezwarende titel is de vraag of de verwachter aanspraak kan maken op de goederen die de tegenwaarde uitmaken van de oorspronkelijke goederen, d.i. de vraag naar de mogelijkheid tot zakelijke subrogatie, van dermate groot belang.

2.1.2. *La libéralité résiduelle in het Franse recht*

De Franse wetgever heeft in het kader van de hervormingen van het Franse erfrecht in 2006 de figuur van het fideicommiss de residuo (*la libéralité résiduelle*) voor de eerste keer in ongeveer tweeduizend jaar gecodificeerd (art. 1057-1061 Franse Code Civil, hierna C.C.).³² De wettelijke definitie van art. 1057 C.C. luidt als volgt: “*Il peut être prévu dans une libéralité qu’une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci.*” De ontstentenis van enige bewaringsplicht wordt voorgeschreven in art. 1058 C.C.

Het testeerverbod werd eveneens gecodificeerd (art. 1059, eerste lid C.C.). Dit verbod is absoluut, in tegenstelling tot vroegere rechtspraak waarbij het Franse Hof van Cassatie de mogelijkheid aanvaardde van “*une indication contraire du*

W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1233.

²⁹ DILLEMANS, PUELINCKX-COENE en PINTENS, *TPR* 1985, 623, nr. 116.

³⁰ Cass. 23 juni 1983, *Pas.* 1983, I, 1205, *Rev.not.b.* 1985, 505 en *RW* 1984-85, 392; Luik 31 maart 1993, *Pas.* 1992, II, 171, *Rec.gén.enr.not.* 1995, 255; DILLEMANS, PUELINCKX-COENE en PINTENS, “Overzicht van rechtspraak – Schenkingen en testamenten”, *TPR* 1985, 624-625, nr. 118; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak Giften (1993-1998)”, *TPR* 1999, 1034-1035; J-P DELOBBE en F. DELOBBE, “Le fideicommiss de residuo”, in *Liber amicorum P. Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 209; V. SAGAERT, “Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?”, in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 398; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 316.

³¹ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1235; .

³² M.-C. FORGEARD, R. CRONE en B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Parijs, Defrénois, 2007, 191-193; F. LEFEBVRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Lefebvre, 2007, 230-233; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 375; N. PETERKA, “Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité”, *Recueil Dalloz* 2006, 2580-2583 (17-20).

disposant”.³³ Giften onder de levenden zijn dan weer toegelaten, tenzij anders bedongen door de beschikker (art. 1059, tweede lid C.C.). Hiermee volgt de Franse wetgever de meerderheidsopvatting zoals die bestond in de Franse maar ook in de Belgische rechtsleer. Voorlopig is het vernieuwde Franse erfrecht dus volledig gelijklopend met de Belgische (meerderheids)rechtspraak en -rechtsleer.

Tenslotte kan *le grevé* ook hier steeds beschikken onder bezwarende titel.³⁴ Geen enkele beperking op deze bevoegdheid kan worden aanvaard. Art. 1060 C.C. bepaalt immers: “*Le premier gratifié n’est pas tenu de rendre compte de sa gestion au disposant ou à ses héritiers.*” Deze bepaling lijkt heel radicaal en heel tegengesteld aan het Belgische standpunt dat het beginsel van de goede trouw steeds als het ultieme handelingscriterium voorschrijft, maar moet gerelativeerd worden. Het oorspronkelijke wetsvoorstel bepaalde namelijk dat de eerste begiftigde toch verantwoordelijk gehouden wordt indien zijn handelingen er louter op gericht zijn de tweede begiftigde te benadelen.³⁵ De Franse wetgever wilde gewoon benadrukken dat de bezwaarde de fideicommissaire goederen in volle eigendom had.³⁶ Deze precisering werd echter weggelaten omdat ze te vanzelfsprekend werd geacht.³⁷ Verder moet in dit verband nog melding worden gemaakt van een opmerkelijk arrest van het Hof van Beroep van Poitiers.³⁸ Hierin wordt de geldigheid aanvaard van een testament dat bepaalde dat de eerste begunstigde, zelfs als dat onder bezwarende titel is, enkel mocht beschikken over de fideicommissaire goederen in geval van noodsituaties. Zo komen we wel vervaarlijk dicht in de buurt van de verboden erfstelling over de hand.

Franse rechtspraak is, net zoals de Belgische rechtspraak, soepel in het erkennen van de afwezigheid van enige bewaringsplicht.³⁹ Voor wat betreft het vraagstuk over de reserve heeft het Franse Hof van Cassatie geopteerd voor de progressieve strekking.⁴⁰ Bovendien kan ondertussen, ten gevolge van de hervorming van 2006, uit de samenlezing van artt. 1054 en 1061 C.C. worden

³³ Cass. fr. 31 januari 1995, *Defrénois* 1995, 36160, noot M. GRIMALDI.

³⁴ M.-C. FORGEARD, R. CRONE en B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Parijs, Defrénois, 2007, 191.

³⁵ “*Il engagerait toutefois ses responsabilités en passant des actes destinés à frustrer de ses droit le gratifié en second.*” (art. 1042, tweede lid van het wetsvoorstel). Zie ook: *Rapport de M. Sébastien Huyghe sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités* (n° 2427), n° 2850, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2850.asp>, artikel 17.

³⁶ F. LEFEBVRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Lefebvre, 2007, 232, nr. 3311. Anders: R. JANSSEN, “Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het fideicommiss de residuo”, in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 360, nr. 12.

³⁷ MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 385, nr. 802.

³⁸ Poitiers 11 mei 1971, *D.* 1971, 621.

³⁹ Cass. fr. 20 januari 1958, *J.C.P.* 1959, II, 11.136, noot M. VOIRIN; Cass. fr. 3 november 1958, *Gaz.Pal.* 1959, 4-6 februari; Cass. fr. 29 maart 1963, *Gaz.Pal.* 1963, 29 juni – 2 juli.

⁴⁰ Cass. fr. 31 januari 1995, *Rep. Defrénois* 1995, 1109, noot M. GRIMALDI, *T.Not.* 1996, 94, noot J. BYTTEBIER; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak Giften (1993-1998)”, *TPR* 1999, 779-1117, nr. 57-511.

afgeleid dat een *liberalité résiduelle* inderdaad op geldige wijze betrekking kan hebben op de ganse nalatenschap: volgens art. 1054 C.C. moeten de *liberalités graduelles*, opdat zij geldig zouden zijn, zich beperken tot het beschikbaar deel en art. 1061 C.C., dat de artikelen oplist die *mutatis mutandis* van toepassing zijn op de *liberalités résiduelles*, maakt geen melding van art. 1054 C.C.⁴¹

2.1.3. De tweetrapsmaking en -schenking in het Nederlandse recht

De definitie die de Nederlandse rechtsleer en wetgeving (art. 4:141 Nederlands Burgerlijk Wetboek, hierna NBW) geeft van de tweetrapsmaking (met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid) komt *prima facie* volledig overeen met die van het fideicommiss de residuo zoals omschreven door de Belgische rechtsleer.⁴² Voor de tweetraps-schenking gelden *mutatis mutandis* dezelfde regels (art. 7:180 NBW).⁴³

Er zijn echter ook een aantal fundamentele verschillen met het Belgisch recht. Vooreerst verkrijgt de verwachter in principe⁴⁴ slechts van de beschikker onder de voorwaarde dat de verwachter nog in leven is wanneer de bezwaarde komt te overlijden (art. 4:137 NBW).⁴⁵ Bijgevolg zal de bezwaarde, indien geen van de verwachters hem overleven, verworden tot een onvoorwaardelijke rechthebbende.⁴⁶ Anders is hij niet meer dan een tijdelijk gerechtigde. Om te voorkomen dat de tweede beschikking zijn bestaansreden verliest zal de beschikker of – zoals hij genoemd wordt in de Nederlandse rechtsleer – de insteller doorgaans een ruime kring van verwachters aanduiden. Wegens dit voorwaardelijk element, i.e. dat de verwachter nog in leven is op het moment van het overlijden van de bezwaarde, worden de tweetrapsmaking en -schenking respectievelijk ondergebracht bij de voorwaardelijke makingen⁴⁷ en voorwaardelijke rechtshandelingen⁴⁸. Bovendien moet zowel de eerste begiftigde als de tweede begiftigde op het ogenblik van het overlijden van de

⁴¹ P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 384, nr. 802.

⁴² M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAIJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 266-267. Voor een uitgebreide bespreking van het fideicommiss de residuo naar Nederlands recht zie A.H.N. STOLLENWERCK, “Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking”, *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 4-14.

⁴³ F.W.J.M. SCHOLS, *Schenking en gift*, Kluwer, Deventer, 2011, 39.

⁴⁴ Voor de uitzonderingen hierop zie: W. BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking*, Kluwer, Deventer, 1992, 106.

⁴⁵ M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAIJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 266 en 277; W. BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking*, Kluwer, Deventer, 1992, 106.

⁴⁶ M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAIJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 268.

⁴⁷ M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAIJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 281. Uitgebreid met betrekking tot de voorwaarden: A.H.N. STOLLENWERCK, “Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking”, *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 4.

⁴⁸ F.W.J.M. SCHOLS, *Schenking en gift*, Kluwer, Deventer, 2011, 39.

testator respectievelijk het verrichten van de schenking niet alleen nog in leven zijn maar ook reeds bestaan, al geboren zijn.⁴⁹

Ten tweede kent het Nederlands recht geen verbod (meer) op erfstelling over de hand.⁵⁰ De “gewone tweetrapsmaking”, de making met bewaarplicht is dus toegelaten. Volgens E.M. MEIJERS, de grondlegger van het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek, was dergelijk verbod weinig zinvol omdat zij ten aanzien van de maatschappij een even geringe schade zou toebrengen als een vruchtgebruik.⁵¹ Opdat er dan sprake zou zijn van een fideicommiss de residuo moet de insteller deze vervreemdingsbevoegdheid of – anders geformuleerd – dit gebrek aan bewaringsplicht wel uitdrukkelijk voorschrijven (art. 4:138, lid 2 BW).⁵² De eerste begunstigde kan dus niet van rechtswege overgaan tot vervreemding; de gewone tweetrapsmaking is de regel, het fideicommiss de residuo de uitzondering. Niettemin bedingt de insteller doorgaans een gebrek aan bewaringsplicht en zal in de praktijk het fideicommiss de residuo dus meer voorkomen dan de gewone tweetrapsmaking.⁵³

Opmerkelijk is dat de rechtpositie van de bezwaarde ten aanzien van de verwachter onderworpen is aan de regels van het vruchtgebruik.⁵⁴ Een vruchtgebruiker kan naar Nederlands recht inderdaad in bepaalde gevallen daden van beschikking stellen. De beschikker kan ook gebruik maken van de mogelijkheden die art. 3:215, lid 2 NBW biedt om de bevoegdheden van de bezwaarde te beperken.⁵⁵

Verder verkeert de beschikker in de mogelijkheid om het moment waarop de eigendom van de bezwaarde goederen overgaat te verleggen van het overlijden van de eerste begiftigde naar een tijdstip van zijn keuze (art. 4:56, lid 2-4 en

⁴⁹ M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAIJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 277; F.W.J.M. SCHOLS, *Schenking en gift*, Kluwer, Deventer, 2011, 39.

⁵⁰ M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAIJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 285.

⁵¹ T-M, *Parl. Gesch. Vast.*, 315-316.

⁵² W. BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking*, Kluwer, Deventer, 1992, 106; W.G. HUIJGEN, W.M. KLEIJN, W.R. MEIJER, T.J. MELLEMA, A.J.H. PLEYSIER, B.E. REINHARTZ, A.L.M. SOONS, *Nieuw erfrecht, de consequenties voor de praktijk*, Kerkebosch – Juridische Praktijk, Zeist, 1998, 119; W.G. HUIJGEN, J.E. KASDORP, B.E. REINHARTZ, J.W. ZWEMMER, *Compendium Erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, 153; E.W.J. EBBEN, M.J.P. SCHIPPER, *Erfrecht voor de advocatuur*, Maklu, Apeldoorn-Antwerpen, 2008, 90.

⁵³ A.H.N. STOLLENWERCK, “Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking”, *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 4; M. Van GAALEN, *Vruchtgebruik*, Kluwer, Deventer, 2001, 80-81.

⁵⁴ A.H.N. STOLLENWERCK, “Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking”, *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 8.

⁵⁵ Dit artikel handelt over vruchtgebruik maar de bepalingen van vruchtgebruik zijn mutatis mutandis van toepassing op voorwaardelijke makingen (zie W.G. HUIJGEN, J.E. KASDORP, B.E. REINHARTZ, J.W. ZWEMMER, *Compendium Erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, 153; A.H.N. STOLLENWERCK, “Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking”, *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 10).

7:181, lid 2 NBW).⁵⁶ Hij kan de vaststelling van dit moment zelfs overlaten aan de bezwaarde. Ten gevolge van een dergelijke clause vergroot de kans dat bepaalde verwachters uit de boot vallen, omdat zij nog niet of niet meer bestaan. Het moment om te peilen naar het vervuld zijn van de overlevingsvoorwaarde is immers verschoven.

Op één punt is het Nederlands recht duidelijk strenger dan het Belgische. Wanneer enkel ongeborenen als tweede begiftigden worden aangeduid, is dat namelijk enkel toegelaten binnen een bepaalde kring van verwanten in de erfelijke graad van de erflater (art. 4:56, lid 2-4 NBW).⁵⁷ Tweetrapsmakingen of -schenkingen die toch een ongeboren persoon die geen verwant is als verwachter aanduiden, blijven geldig, zij het slechts in die mate dat de bezwaarde onvoorwaardelijk rechthebbende wordt. De tweede begiftigde echter, de ongeborene, heeft dan niet langer iets te “verwachten”.⁵⁸

Tenslotte stelt de Nederlandse rechtsleer een omslagsysteem voor. Dit houdt in dat de uitgaven naar evenredigheid op beide vermogens worden aangerekend en heeft tot doel om de plicht tot handelen overeenkomstig het principe van de goede trouw – meer bepaald de plicht om niet systematisch het fideicommissair vermogen te verbruiken en het eigen vermogen onaangeroerd te laten – een meer substantiële gestalte te geven.⁵⁹ De Belgische rechtsleer is echter van oordeel dat dit een brug te ver is, aangezien hier geen enkele wettelijke grondslag voor is.⁶⁰ Zulks valt namelijk onmogelijk te rijmen met het ontbreken van een bewaringsplicht, een wezenlijk bestanddeel van een fideicommis de residuo.

⁵⁶ M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 282-283; W. BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking*, Kluwer, Deventer, 1992, 105; A.H.N. STOLLENWERCK, “Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking”, *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 11.

⁵⁷ A.H.N. STOLLENWERCK, “Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking”, *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 6.

⁵⁸ M.J.A. VAN MOURIK, B.M.E.M. SCHOLS, F.W.J.M. SCHOLS, L.C.A. VERSTAPPEN, B.C.M. WAAJER, *Handboek erfrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, 286.

⁵⁹ J. R. H. BUINING en A. PITLO, *Het fideicommis de residuo: praeadviezen ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der candidaat-notarissen te Middelburg op 13 juni 1952*, 1952, 123; M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 637-639, nr. 30-32.

⁶⁰ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1235, nr. 2446; J-P DELOBBE en F. DELOBBE, “Le fideicommis de residuo”, in *Liber amicorum P. Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 206; V. SAGAERT, “Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd”, in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 399.

2.2. ZAKELIJKE SUBROGATIE

2.2.1. In het Belgische recht

Ten gevolge van zakelijke subrogatie of zaakvervangings (beide begrippen zijn volwaardige synoniemen⁶¹) ent een zakelijk recht zich, na het juridisch of materieel tenietgaan van zijn oorspronkelijke onderpand, vast op het goed dat in de plaats is getreden van dat oorspronkelijke vermogensbestanddeel en er de economische tegenwaarde van vormt.⁶² Op die manier wordt het voortbestaan van de waarde van het zakelijk recht in het vermogen van de zakelijk gerechtigde gegarandeerd. Naast conventionele zakelijke subrogatie en de talloze wettelijke toepassingen ervan (art. 103, tweede lid Faill. W. ter bescherming van het eigendomsrecht bij faillissement, art. 1402-1404 BW met betrekking tot de belegging en wederbelegging van goederen uit het eigen of gemeenschappelijk vermogen...)⁶³, wordt zakelijke subrogatie intussen ook beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel.⁶⁴ Zaakvervangings vindt met andere woorden ook toepassing buiten de wettelijke toepassingsgevallen, zij het onder strikt na te leven voorwaarden die ons moeten behoeden voor een ongecontroleerde toepassing en zo een ontregeling van het systeem van het vermogensrecht. Hierna volgt een korte schets van deze toepassings- en uitvoeringsvoorwaarden.⁶⁵

Enkel de titularis van een zakelijk recht kan zich beroepen op de zakelijke subrogatie.⁶⁶ Het toepassingsdomein van zaakvervangings beperkt zich tot rechten met zakelijke werking. De titularis van een persoonlijk recht moet zich daarentegen tevreden stellen met een aansprakelijkheidsvordering, een uitvoering bij equivalent in het geval dat uitvoering in natura niet langer mogelijk is. Als bijvoorbeeld een eenzijdige verkoopbelofte gevestigd was op een zaak, die nadien teniet gaat, kan de optiehouder de optie niet langer lichten: de verzekeringsuitkering ontstaat ten gevolge van het teloorgaan van de zaak komt niet in de plaats van het oorspronkelijke onderpand.⁶⁷ Er treedt hier dus geen zaakvervangings in. Gaat het wel om een zakelijk recht, dan blijft de verbintenisrechtelijke aanspraak uiteraard een *fall back*-positie voor het geval niet aan de andere voorwaarden van zaakvervangings voldaan is. Deze eerste toepassingsvoorwaarde zal van groot belang blijken voor het antwoord op onze onderzoeksvraag.

⁶¹ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 7.

⁶² V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 5.

⁶³ Voor een uitgebreid overzicht zie V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 84-94.

⁶⁴ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 156; E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993-94, 277.

⁶⁵ Voor het onderscheid tussen beide soorten voorwaarden zie V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 179 (nr. 211) en 364 (nr. 393).

⁶⁶ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 194.

⁶⁷ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 182-186, nr. 216-219.

Niet alle zakelijke rechten komen evenwel in aanmerking: zakelijke subrogatie vindt geen toepassing wanneer het gaat om een zakelijk recht *intuitu rei*, i.e. wanneer het een recht betreft dat niet op een zinvolle wijze kan voortgezet worden op een andere zaak dan het oorspronkelijke onderpand.⁶⁸ De reden daartoe is dat dergelijke rechten louter betrekking hebben op de fysieke kenmerken van het object en niet op de waarde ervan. Typevoorbeeld is de erfdiensbaarheid. Deze is zo nauw verbonden met de fysieke materialiteit van het lijdend erf dat de handhaving van de vermogenswaarde van dat recht door de wijziging van het onderpand onmogelijk is. Eigendom, mede-eigendom, vruchtgebruik... komen wel in aanmerking aangezien deze hun waarde behouden los van de zaak.

Tweede vereiste is dat het oorspronkelijke voorwerp van het zakelijk recht teniet is gegaan, met als gevolg dat het zakelijk recht niet langer kan uitgeoefend worden op dat goed. Zowel een juridisch teloorgaan (bijv. schenking of verkoop) als een materieel teloorgaan (beschadiging) komen in aanmerking.⁶⁹

Ten derde moet een andere zaak in de plaats getreden zijn van het oorspronkelijke voorwerp.⁷⁰ De begunstigde van de zaakvervanging dient een oorzakelijk verband aan te tonen tussen het verlies van het oorspronkelijke object en het verkrijgen van het surrogaat. Dit nieuwe vermogensbestanddeel vertegenwoordigt de economische tegenwaarde van het oorspronkelijke (bijv. het ruilgoed in geval van omruiling, de koopprijs in geval van juridisch teloorgaan...). Dergelijke keten kan zich uitstrekken tot in het oneindige, zolang het bewijs kan worden geleverd dat het in de plaats tredende goed de tegenwaarde uitmaakt van het oorspronkelijke object.

Zaakvervanging is slechts een subsidiaire remedie⁷¹: de titularis van het zakelijk recht kan er zich niet op beroepen als hij op andere evenwaardige zakenrechtelijke (volgrecht⁷²) of verbintenisrechtelijke wijzen (*actio pauliana*⁷³, aansprakelijkheidsvordering⁷⁴) zijn rechten kan doen honoreren.

Tenslotte veronderstelt de toepassing van de zakelijke subrogatie dat zowel het oorspronkelijke voorwerp als het vervangende goed op elk ogenblik in de vervangingsketen te individualiseren waren.⁷⁵ Deze identificatievereiste vloeit voort uit het specialiteitsbeginsel, een wezenlijk kenmerk van de zakelijke

⁶⁸ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 195.

⁶⁹ V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 12.

⁷⁰ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 252 e.v.

⁷¹ E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993-94, 276, nr. 7.

⁷² V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 366-368.

⁷³ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 369-370.

⁷⁴ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 371-372.

⁷⁵ E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993-94, 276; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 380.

rechten dat inhoudt dat een zakelijk recht enkel betrekking kan hebben op geïndividualiseerde zaken.

2.2.2. In het Franse recht

De Franse rechtsleer staat een ruime interpretatie van het toepassingsgebied van de zakelijke subrogatie voor. Zij onderkent weliswaar dat voornamelijk titularissen van een zakelijk recht bescherming genieten, maar aanvaarden dat vorderingsrechten eveneens binnen het toepassingsdomein vallen.⁷⁶ Persoonlijk gerechtigden zouden zich dan enkel op zaakvervangning kunnen beroepen indien de nakoming van hun verbintenis een specifiek voorwerp veronderstelt. Daarbij komt vooral het huurrecht in het vizier, doordat de Franse wetgever in dit verband onder bepaalde omstandigheden zakelijke subrogatie heeft mogelijk gemaakt.⁷⁷ Ook in het Franse recht geldt de eigenlijke uitzondering van de zakelijke rechten intuïtu rei.⁷⁸

Voor de rest is Frans en Belgisch recht heel gelijklopend. Om de vereiste van een causaal verband tussen het oorspronkelijke onderpand en het surrogaat aan te duiden, spreekt de Franse rechtsleer van “*provenance*”⁷⁹ of “*lien de filiation*”⁸⁰. De invulling hiervan is heel gelijkaardig aan die die het Belgisch recht eraan geeft. Net als de Belgische rechtsleer, schuift de Franse doctrine zaakvervangning naar voor als een subsidiaire remedie.⁸¹ Eveneens vereist ze dat het zakelijk recht betrekking heeft op individualiseerbare vermogensbestanddelen.⁸²

2.2.3. In het Nederlandse recht

De Nederlandse doctrine is er nog niet uit of zaakvervangning uitsluitend mogelijk is bij rechten met zakelijke werking, dan wel bij zowel zakelijke als persoonlijke rechten. LANGEMEIJER is de grootste pleitbezorger van het eerste standpunt⁸³, terwijl HAMMERSTEIN pleit voor de ruime toepassing, al erkent

⁷⁶ V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Parijs, Librairie Générale de Droit, 1985, 39; J. BONNECASE, “Supplément”, in G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Parijs, Sirey, 1926, III, 779, nr. 380; M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Parijs, Sirey, 1954, I, 179, nr. 187.

⁷⁷ Art. 123-15 van de Franse Code rural: “Le locataire d'une parcelle atteinte par l'aménagement foncier agricole et forestier a le choix ou d'obtenir le report des effets du bail sur les parcelles acquises en échange par le bailleur, ou d'obtenir la résiliation totale ou partielle du bail, sans indemnité, dans la mesure où l'étendue de sa jouissance est diminuée par l'effet de l'aménagement foncier agricole et forestier.”

⁷⁸ M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Parijs, Sirey, 1954, I, 71, nr. 80 en nr. 590 e.v.

⁷⁹ M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Parijs, Sirey, 1954, I, 248, 236; V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Parijs, Librairie Générale de Droit, 1985, 171-172.

⁸⁰ J. BONNECASE, “Supplément”, in G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Parijs, Sirey, 1926, III, 777, nr. 379.

⁸¹ V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Parijs, Librairie Générale de Droit, 1985, 71.

⁸² M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Parijs, Sirey, 1954, I, nr. 165.

⁸³ G.E. LANGEMEIJER, *Zaakvervangning*, Vlaardingen, Dorsman & Odé's, 1927.

ook hij het geringe belang van zakelijke subrogatie voor vorderingsrechten.⁸⁴ SPATH zit daar ietwat tussenin: zij ziet zakelijke subrogatie in principe uitsluitend als een remedie voor zakelijke rechten, maar neemt “zakelijke rechten met persoonlijke trekken” daar bovenop bij wijze van uitzondering.⁸⁵

Een causaal verband is in het Nederlands recht ook een fundamentele vereiste⁸⁶, net als de subsidiariteit⁸⁷ en de identificatievereiste⁸⁸. Opmerkelijk nog is dat SPATH zich in haar doctoraatsproefschrift terughoudend toont om zakelijke subrogatie te erkennen als algemeen rechtsbeginsel.⁸⁹

2.3. ZAKELIJKE SUBROGATIE BIJ EEN FIDEICOMMIS DE RESIDUO

Beide bouwstenen zijn nu genoegzaam bekend. Tijd om ze bij elkaar te plaatsen. Onze onderzoeksvraag was immers of het surrogaat in de plaats trad van het oorspronkelijke onderpand in het fideicommissair vermogen. We moeten dit situeren ten opzichte van de tendens die we kunnen ontwaren in de rechtsleer en rechtspraak volgens dewelke de scheidingslijn tussen het fideicommiss de residuo en de erfstelling over de hand begint te vervagen.⁹⁰ Aanvankelijk kon dit onderscheid niet voldoende benadrukt worden. Het bezwaren van de bezwaarde moest als het ware tot een minimum beperkt worden; diens eigen, vrije inzichten waren determinerend. Bijgevolg waren de rechten van de tweede begiftigde van ondergeschikt belang. Dit strikte onderscheid moest de geldigheid funderen van het fideicommiss de residuo ten aanzien van het verbod van art. 896 BW. Rechtspraak heeft de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde echter steeds meer ingeperkt, ten gunste van de verwachter.⁹¹

De gevolgen van de toepassing van zakelijke subrogatie bij een fideicommiss de residuo zijn moeilijk te onderschatten. Het fideicommiss zou zich dan namelijk ontpoppen tot een trustachtige figuur: het beschikkingsrecht van de bezwaarde strekt zich uitsluitend uit over de materialiteit van de goederen.⁹² De vermogenswaarde blijft hoe dan ook gehandhaafd. Het eigenlijke

⁸⁴ A. HAMMERSTEIN, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangings*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1977, 86.

⁸⁵ J.B. SPATH, *Zaaksvervangings*, Kluwer, Deventer, 2010, 221-223, nr. 135.

⁸⁶ J.B. SPATH, *Zaaksvervangings*, Kluwer, Deventer, 2010, 232; A. HAMMERSTEIN, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangings*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1977, 90-92; G.E. LANGEMEIJER, *Zaaksvervangings*, Vlaardingen, Dorsman & Odé's, 1927, 152.

⁸⁷ J.B. SPATH, *Zaaksvervangings*, Kluwer, Deventer, 2010, 217; A. HAMMERSTEIN, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangings*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1977, 37.

⁸⁸ A. HAMMERSTEIN, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangings*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1977, 134.

⁸⁹ J.B. SPATH, *Zaaksvervangings*, Kluwer, Deventer, 2010, 268.

⁹⁰ V. SAGAERT, “Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?”, in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 396.

⁹¹ M. COENE, “Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand?”, *NJW* 2004, 362-365.

⁹² V. SAGAERT, “Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?”, in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 400.

eigendomsrecht bevindt zich bij de bezwaarde, al heeft de verwachter ook bepaalde zakelijke aanspraken.⁹³ Op die manier wordt de zakenrechtelijke positie van de tweede begunstigde substantieel aangesterkt. Hij hoeft niet langer de beschikkingen van zijn voorganger te vrezen. Nu weze duidelijk waarom dit kadert in de toenemende beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde.

3. HET MEERDERHEIDSSTANDPUNT: PRO ZAKELIJKE SUBROGATIE

3.1. EEN GEVOLG VAN DE VERZAKELIJING VAN DE POSITIE VAN DE VERWACHTER

Recente rechtspraak aanvaardt steeds meer dat zakelijke subrogatie toepassing vindt op het residuum.⁹⁴ De meerderheidsstrekking binnen de doctrine is dezelfde mening toegedaan.⁹⁵ Dit is te danken aan de verzakelijking van de positie van de tweede begunstigde. De aard van diens recht is immers gewijzigd. De traditionele opvatting was dat zijn aanspraak louter voorwaardelijk was, die zich slechts realiseerde indien hij de bezwaarde overleefde.⁹⁶ Dit conditioneel karakter was tweevoudig: de fideicommissaire goederen werden slechts aan de verwachter toebedeeld indien hij de bezwaarde overleefde en als deze laatste zich onthouden had van enige daad van beschikking. Een dubbele eigendomsovergang trad in: bij het openvallen van de nalatenschap ging de eigendom over naar de bezwaarde en bij diens overlijden naar de verwachter.⁹⁷ Van een zakelijk recht of een eigendomssplitsing op het fideicommissair vermogen was hier bijgevolg geen sprake. Zulks kadert duidelijk in de aanvankelijke neiging om de beschikkingsbevoegdheid van de eerste begiftigde te benadrukken. Ten

⁹³ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 321.

⁹⁴ Antwerpen 23 februari 1976, *Rev.not.b.* 1976, 265; Gent 9 maart 1949, *RW* 1949-50, 753; Rb. Turnhout 16 juni 1992, *Pas*. 1992, II, 87.

⁹⁵ R. PIRSON, “Le fidéicommis “de residuo” et la faculté de disposition de celui qui en est chargé” (noot onder Gent 23 mei 1951) *R.C.J.B.* 1952, 201, nr. 6; R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1971, 221, nr. 123; M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 634-635; H. CASMAN, *Notarieel familierrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, nr. 1317; E. DIRIX, “Zakelijke subrogatie”, *RW* 1993-94, 278, nr. 11; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht”, *TPR* 1998, 761, nr. 87; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242-243; J-P DELOBBE en F. DELOBBE, “Le fidéicommis de residuo”, in *Liber amicorum P. Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 205; V. SAGAERT, “Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?”, in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 400, nr. 20; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1234.

⁹⁶ Gent 15 januari 1944, *T.Not.* 1949, 11, noot J. RONSE; J. VAN DER VORST, “Over het legaat van het overschot en het legaat de residuo”, *T.Not.* 1937, 50; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 240.

⁹⁷ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 240.

gevolge van deze niet-zakelijke aard van de rechten van de verwachter was dus aan een van de voorwaarden voor zaakvervangende niet voldaan.⁹⁸

Dit standpunt is naar Belgisch recht intussen achterhaald. Het louter voorwaardelijke karakter van de aanspraken van de verwachter valt niet te rijmen met de wens van de beschikker om nog een tweede persoon te bevoordelen. De aard van zijn recht ondergaat een wijziging en zijn positie wordt opgewaardeerd, verzakelijkt: de tweede begunstigde beschikt vanaf het openvallen van de nalatenschap van de initiële erflater (of vanaf het ogenblik van de schenking) over een vast recht, dat echter pas opeisbaar wordt na het overlijden van de bezwaarde. In zijn hoofd bestaat een eigendomsrecht onder opschortende termijn.⁹⁹ Er vindt niet langer een dubbele eigendomsovergang plaats en de verwachter verkrijgt zijn rechten rechtstreeks van de beschikker. De beperkingen aan de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde maken in die optiek de reflectie uit van dat recht met zakelijke werking zoals het aanwezig is in hoofd van de verwachter.

Het belang van deze kwalificatie toont zich op drievoudige wijze. Vooreerst splitst het fideicommissair vermogen zich als een doelgebonden vermogen af van het vermogen van de schuldenaar (in casu de bezwaarde). De verhaalsrechten van diens privéschuldeisers strekken zich dus niet langer uit over de residuele goederen en de verwachter is beschermd in geval van samenloop.¹⁰⁰ Bovendien komen op die manier – in de hypothese dat de tweede begunstigde eerder komt te overlijden dan de eerste begunstigde – bij het overlijden van de eerste begunstigde de residuele goederen toe aan de erfgenamen van de tweede begunstigde en niet aan de erfgenamen van de eerste begunstigde.¹⁰¹ In het vermogen van de verwachter bevond zich immers reeds tijdens het leven van de bezwaarde een vast en actueel recht.

⁹⁸ Luik 6 februari 1937, *T.Not.* 1937, 53; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 240.

⁹⁹ R. PIRSON, “Le fidéicommiss “de residuo” et la faculté de disposition de celui qui en est chargé” (noot onder Gent 23 mei 1951) *R.C.J.B.* 1952, 187; R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1971, 219, nr. 123; M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 648, nr. 48; DILLEMANS, PUELINCKX-COENE en PINTENS, “Overzicht van rechtspraak – Schenkingen en testamenten”, *TPR* 1985, 626, nr. 119; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak Giften (1993-1998)”, *TPR* 1999, 1029, nr. 412; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht”, *TPR* 1998, 760, nr. 87; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242; B. CARDOEN, “Het fideicommiss de residuo toegepast op een schenking van actuele goederen”, *Not.Fisc.M.* 2004, 229, nr. 24; V. SAGAERT, “Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?”, in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 397; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1231.

¹⁰⁰ M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 655-657; DILLEMANS, PUELINCKX-COENE en PINTENS, “Overzicht van rechtspraak – Schenkingen en testamenten”, *TPR* 1985, 623, nr. 117; E. DIRIX, “Zakelijke subrogatie”, *RW* 1993-94, 278, nr. 11; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht”, *TPR* 1998, 760, nr. 87; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242.

¹⁰¹ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242.

De derde wijze waarop het belang van de kwalificatie van de rechten van de tweede begiftigde als eigendomsrecht onder opschortende termijn zich toont, is dan gelegen in de mogelijkheid tot zakelijke subrogatie. Ten gevolge van de erkenning van de zakelijke werking van zijn rechten kan de verwachter zich voortaan beroepen op zaakvervangings. Zoals reeds gezegd kan immers enkel in geval van een zakelijk recht zaakvervangings soelaas bieden. De reeds gekende consequentie is dat de surrogatoire goederen eveneens aan de eerste begunstigde toekomen en dat de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde met betrekking tot deze goederen onderworpen is aan de reeds genoemde beperkingen. Dit levert ook meteen een billijkheidsargument op, een rechtseconomische reden om te pleiten voor de kwalificatie van de rechten van de tweede begiftigde als actuele in plaats van voorwaardelijke rechten. Onder de tweede opvatting zal de bezwaarde er namelijk hoe dan ook toe geneigd zijn de fideicommissaire goederen te vervreemden: ten gevolge van een beschikking kan hij zichzelf bevorderen tot definitieve eigenaar. Hij zou er als het ware in slagen het residuum te verkleinen en de rechten van de verwachter te frustreren.¹⁰²

3.2. EEN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF: NEDERLAND

SPATH heeft alvast een theoretische grondslag gevonden om de toepassing van zakelijke subrogatie bij een fideicommiss de residuo te funderen.¹⁰³ Zij ziet in de keuze van de Nederlandse wetgever om de bepalingen met betrekking tot vruchtgebruik *mutatis mutandis* van toepassing te verklaren op de voorwaardelijke makingen (art. 4:138, lid 2 BW) een indicatie van de erkenning van het zakelijk karakter van de rechten van de verwachter. Meer concreet moeten we dit artikel samenlezen met art. 3:213, lid 1 BW, dat duidelijk zaakvervangings als remedie voorschrijft in het kader van een vruchtgebruik.¹⁰⁴ Zulks ligt volledig in de lijn van het oude recht.¹⁰⁵ De Hoge Raad heeft dat ook bevestigd door te stellen zaakvervangings eveneens toepassing vindt voor wat betreft tweetrapsmakingen die nog onder het oude erfrecht vallen.¹⁰⁶

¹⁰² M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 649, nr. 49; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 243.

¹⁰³ J.B. SPATH, *Zaakvervangings*, Kluwer, Deventer, 2010, 222.

¹⁰⁴ A.H.N. STOLLENWERCK, "Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking", *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2007, 12-13; R. JANSSEN en V. SAGAERT, "La subrogation réelle au cas d'un fidéicommiss de residuo: quelques observations comparatives à propos de l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 février 2008", *European Review of Private Law* 2010, 585-586.

¹⁰⁵ G.E. LANGEMEIJER, *Zaakvervangings*, Vlaardingen, Dorsman & Odé's, 1927, 102; J. R. H. BUINING en A. PITLO, *Het fideicommiss de residuo: praeadviezen ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der candidaat-notarissen te Middelburg op 13 juni 1952*, 1952, 131; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 244.

¹⁰⁶ HR 5 oktober 2007, <http://zoeken.rechtspraak.nl> (BA6756). Voor een goedkeurende noot: S. PERRICK, "Zaakvervangings en de regels van het goederenrecht", *WPNR* 2008, 349. Voor kritische bemerkingen zie: T.J. MELLEMA-KRANENBURG, "Zaakvervangings of een vergoedingsrecht in geval van een fidei-commiss de residuo?", *WPNR* 2007, 1021-1023.

Het Franse recht heeft hier duidelijk zijn invloed laten gelden, maar, zoals zal blijken, staan de dag van vandaag de zaken in Frankrijk helemaal anders. We moeten onszelf bovendien hoeden voor het trekken van overhaaste conclusies uit de toepassing van zaakvervangings bij het fideicommiss de residuo in het Nederlands recht: aangezien de tweetrapsmaking is geconstrueerd aan de hand van het vruchtgebruik, is het reeds daarom moeilijk een vergelijking te maken met de figuur zoals ze bestaat in het Belgische en Franse recht.¹⁰⁷

4. HET MINDERHEIDSSTANDPUNT: CONTRA ZAKELIJKE SUBROGATIE

4.1. RECHTVAARDIG MAAR NIET GERECHTIGD

JANSEN heeft als eerste grondige bedenkingen geformuleerd bij voornoemde recente ontwikkelingen omtrent het fideicommiss de residuo, in het bijzonder bij de toepassing van zakelijke subrogatie.¹⁰⁸ Volgens hem staat de wenselijkheid ervan buiten kijf maar zijn de juridische fundamenten allesbehalve waterdicht.¹⁰⁹ Zijn argumenten situeren zich op twee pistes. Ten eerste toont hij aan dat de beperkingen aan de beschikkingsbevoegdheid van de eerste begunstigde niet van zakenrechtelijke maar van verbintenisrechtelijke aard zijn. Ten tweede is de stelling dat de tweede begunstigde reeds tijdens het leven van de bezwaarde over bepaalde zakelijke rechten beschikt naar verluidt juridisch-technisch niet gefundeerd maar louter ingegeven vanuit billijkheidsredenen. Wat volgt is een uiteenzetting van deze bedenkingen en een poging om ze op hun merites te beoordelen.

4.1.1. De verbintenisrechtelijke aard van de beperkingen aan de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde

Onder het hoofdstuk ‘Bevoegdheden’ is uiteengezet dat de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde op drievoudige wijze beperkt is. Ten eerste beschikt hij niet over enige testeerbevoegdheid. Hij kan wel beschikken om niet, behoudens tegenovergestelde intentie van de beschikker. Tenslotte is hij bevoegd te beschikken onder bezwarende titel, al verplicht het principe het principe van de goede trouw hem zich ervan te onthouden rechtsmisbruik te plegen. Aan deze verplichtingen zouden enkel verbintenisrechtelijke sancties verbonden zijn.

¹⁰⁷ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 326.

¹⁰⁸ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 321-330; R. JANSEN, “Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het fideicommiss de residuo”, in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 353-365. Zie ook E. VANTHORRE, “De zakenrechtelijke aspecten van het fideicommiss de residuo in vergelijking met de Angelsaksische trust en het Franse erfrecht”, *Jura Falc.* 2011-12, 436-438.

¹⁰⁹ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 321, nr. 373.

JANSEN rept met geen woord over het testeerverbod. Anders dan een ingesteld schenkingsverbod sorteert het wel zakenrechtelijke gevolgen. Zoals reeds gezegd zou de eerste begunstigde de rechten van de tweede begunstigde ernstig kunnen frustreren door een deel of het geheel van de residuele goederen te legateren. Dergelijk billijkheidsargument zou weinig waardevol zijn als het niet in staat was enige eigendomsoverdracht vanwege de bezwaarde te verhinderen. Echter, zoals JANSEN terecht opmerkt, zijn billijkheidsargumenten *ipso facto* onvoldoende om een rechtsfiguur van stevige fundamenten te voorzien.¹¹⁰ Van groter belang is dan ook de juridisch-technische redenering die ertoe leidt dat elk legaat dat de bezwaarde instelt zonder zakenrechtelijke gevolgen zal blijven: het legaat verliest zijn voorwerp op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap. Net op dat eigenste moment keert het residuum – dat per hypothese eveneens het voorwerp uitmaakt van het legaat – immers terug naar de nalatenschap van de beschikker, om van daaruit te vertrekken naar het vermogen van de verwachter. Deze eerste beperking aan de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde is dus wel degelijk zakenrechtelijk van aard.

Ten tweede is het de beschikker toegelaten een schenkingsverbod in te stellen. Zulk verbod moeten we kwalificeren als een conventioneel vervreemdingsverbod.¹¹¹ Er bestaat geen twijfel over dat dergelijk verbod een louter verbintenisrechtelijke verplichting inhoudt.¹¹² Zakelijke werking is uitgesloten. Beschikt de bezwaarde toch om niet over de fideicommissaire goederen, dan zal deze miskenning van de wensen van de beschikker hoogstens obligatoire sancties met zich meebrengen. Te denken valt aan een schadevergoeding of een beroep op het leerstuk van de derdemedeplichtigheid aan andermans contractbreuk.¹¹³

Indien de bezwaarde wenst te beschikken onder bezwarende titel over de residuele goederen, moet hij steeds het principe van de goede trouw in acht nemen. Het verbod op rechtsmisbruik kan hem ervan weerhouden een bepaalde daad van beschikking te stellen. Vanuit zakenrechtelijk oogpunt blijft hij echter bevoegd om de handeling te stellen. Ook deze beperking heeft met andere woorden louter verbintenisrechtelijke gevolgen. De voornaamste

¹¹⁰ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 329, nr. 384.

¹¹¹ R. PIRSON, “Le fidéicommiss ‘de residuo’ et la faculté de disposition de celui qui en est chargé” (noot onder Gent 23 mei 1951) *R.C.J.B.* 1952, 200, nr. 6; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 329, nr. 384. Helder voor wat betreft het Nederlands recht: C. ASSER en S. PERRICK, *Erfrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 550, nr. 619.

¹¹² M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht”, *TPR* 1998, 740; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk recht*, II, 6, nr. 9. Uitgebreid m.b.t. dit leerstuk: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 587-626.

¹¹³ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 322-323 en 594-626. Vgl. M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 633, nr. 22.

remedie lijkt de betaling van een schadevergoeding te zijn.¹¹⁴ JANSEN neemt aan dat niet-tegenwerpelijkheid als sanctie niet in aanmerking komt.¹¹⁵

We hebben nu de verschillende beperkingen op de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde overlopen. Twee daarvan impliceren inderdaad niet meer dan obligatoire remedies. Via twee verschillende wegen heeft dat grote gevolgen voor de toepassing van zakelijke subrogatie. Ten eerste, door het grotendeels gebrek aan zakelijke werking van deze beperkingen, is de verwachter in grote mate beschikkingsbevoegd. JANSEN schrijft: “Het is niet alsof de bezwaarde een “deeltje” beschikkingsbevoegdheid mist, dat reeds zou zijn overgedragen aan de verwachter.”¹¹⁶ De beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde zou dan een beroep op zakelijke subrogatie door de verwachter uitsluiten. Ten tweede moeten we eens in beschouwing nemen waaraan die beperkingen aan de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde precies gevolg geven. Er zijn twee denkbare grondslagen: ofwel vormen zij de weerslag van de aanwezigheid van een zakelijk recht in hoofde van de verwachter, ofwel zijn ze louter ingegeven vanuit de verbintenisrechtelijke overweging om het gedrag van de bezwaarde enigszins te normeren.¹¹⁷ In dat laatste geval zou de verwachter niet over een actueel recht beschikken, zodat zakelijke subrogatie uitgesloten is. Welnu, JANSEN leidt uit de obligatoire aard van de inperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde af dat we ons inderdaad in die tweede situatie bevinden.

M.i. maakt Jansen met betrekking tot “de tweede weg” een redeneringsfout. Als de verwachter beschikt over een zakenrechtelijke aanspraak, zou dat noodzakelijkerwijze resulteren in de inperking van vrijheid van de bezwaarde. Anders is zijn recht zonder voorwerp en dus ook zonder bestaansreden. Echter, deze beperkingen kunnen ook van verbintenisrechtelijke aard zijn. Het obligatoire karakter van die beperkingen moet met andere woorden daarom nog niet opgevat worden als een noodzakelijk gevolg van de afwezigheid van een zakelijk recht in hoofde van de tweede begunstigde. Het zou een foute gevolgtrekking uitmaken aan te nemen dat de aard van de beperkingen ons iets vertelt over de grondslag erachter. Een verbintenisrechtelijke sanctie hoeft niet per se te remediëren aan een verbintenisrechtelijk probleem maar kan ook helpen een zakenrechtelijke doelstelling te realiseren.

¹¹⁴ M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 632, nr. 21; DILLEMANS, PUELINCKX-COENE en PINTENS, “Overzicht van rechtspraak – Schenkingen en testamenten”, *TPR* 1985, 624, nr. 118; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak Giften (1993-1998)”, *TPR* 1999, 1034, nr. 420; J-P DELOBBE en F. DELOBBE, “Le fideicommiss de residuo”, in *Liber amicorum P. Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 209.

¹¹⁵ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 322, voetnoot 950.

¹¹⁶ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 322.

¹¹⁷ R. JANSEN en V. SAGAERT, “La subrogation réelle au cas d’un fidéicommiss de residuo: quelques observations comparatives à propos de l’arrêt de la Cour de cassation française du 20 février 2008”, *European Review of Private Law* 2010, 583-584.

Toegegeven, de verwachter had sterker in zijn schoenen gestaan als de beperkingen zakelijke werking hadden gehad, maar er zijn drie argumenten die ons ervan weerhouden de these dat de verwachter nog over een bepaalde zakelijke aanspraak beschikt volledig af te schrijven. Vooreerst is de normerende kracht van obligatoire beperkingen eveneens aanzienlijk. Ten tweede kent het testeerverbod wel zakelijke werking. Zo wordt – gelet op haar zakelijke en algemeen geldende werking, op omstotelijke wijze – een halt toegeroepen aan de meest onverholen uitwassen. Het laatste argument, dat een dubbele zakelijke aanspraak op eenzelfde goed, niet noodzakelijk problematisch hoeft te zijn, wordt verder behandeld. Concluderend, de louter verbintenisrechtelijke aard van de beperkingen aan de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde verhindert niet de verzakelijking van de positie van de tweede begiftigde.

4.1.2. Het gebrek aan zakenrechtelijke bescherming van de verwachter tijdens het leven van de bezwaarde

De rechten van de verwachter zouden volgens recente rechtsleer geëvolueerd zijn van louter voorwaardelijke aanspraken naar een eigendomsrecht onder opschortende termijn. Deze evolutie maakt het mogelijk voor de tweede begiftigde om zich te beroepen op zaakvervangende. Op die manier wordt zijn zakenrechtelijke positie aanzienlijk versterkt en ontpopt het fideicommiss de residuo zich tot een ware trustachtige figuur.

Bovendien blijft men op die manier weg van het toepassingsgebied van art. 1040 BW. Dit artikel bepaalt dat, in geval van een uiterste wilsbeschikking onder opschortende voorwaarde, deze beschikking vervalt als de legataris overlijdt vóór het vervullen van de voorwaarde. Bijgevolg zou het de verwachters onmogelijk zijn om via plaatsvervulling tot de nalatenschap komen in de hypothese dat de verwachter de bezwaarde niet heeft overleefd. Om aan dit scenario te ontsnappen en de erfgenamen van de verwachter toch te kunnen bevoordelen, kwalificeert men het recht van de verwachter als een recht onder opschortende termijn. Het is echter nog maar de vraag of de wens om dergelijk praktisch probleem te verhelpen überhaupt noopt tot deze nieuwe kwalificatie. Art. 1040 BW is namelijk in de eerste plaats een interpretatieregel en is dan ook van suppletieve aard.¹¹⁸ De testator kan de bepaling bijgevolg per definitie aan de kant schuiven.

Een centrale these doorheen het proefschrift van JANSEN is dat de toepassing van remedies tegen beschikkingsbevoegdheid, zoals zakelijke subrogatie, inderdaad beschikkingsonbevoegdheid vooronderstelt. Zoals we daarnet hebben aangetoond is de bezwaarde echter wel degelijk beschikkingsbevoegd, waardoor enig beroep op zaakvervangende vanwege de verwachter uitgesloten

¹¹⁸ M. VAN QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, 648, nr. 46; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 323.

zou zijn. De beschikking is als het ware het levende bewijs dat de verwachter nooit enige zakelijke aanspraak had op de vervreemde goederen – en zonder zakelijk recht uiteraard ook geen zakelijke subrogatie.¹¹⁹ Het aleatoire voorwerp waarop de rechten van de tweede begiftigde betrekking hebben wordt volledig gedetermineerd door het gedrag van de eerste begiftigde.

M.i. is het echter sterk te betwijfelen of de kwalificatie van zaakvervanging als een remedie tegen beschikkingsonbevoegdheid in elk mogelijk toepassingsgeval van zaakvervanging correct is. JANSEN roept als het ware een nieuwe voorwaarde in het leven. Hij haalt een aantal voorbeelden aan waarin de toepassing van zakelijke subrogatie inderdaad duidelijk beschikkingsonbevoegdheid vereist.¹²⁰ Vervolgens veralgemeent hij het principe en schuift het naar voren als een toepassingsvoorwaarde.

De zoektocht naar een tegenvoorbeeld hoeft niet lang te zijn: denken we maar een het schoolvoorbeeld van zaakvervanging, dat van de hypothecaire vordering die wordt uitgeoefend op de verzekeringsuitkering in plaats van op het – nu uitgebrande – huis.¹²¹ In dergelijke context is duidelijk geen plaats voor een concept als beschikkingsonbevoegdheid. Men zou hiertegen kunnen inbrengen dat een onderscheid dient te gemaakt te worden tussen juridisch en materieel verlies. Beschikkingsbevoegdheid speelt enkel in het eerste geval, namelijk indien het goed verdwijnt uit het betrokken vermogen ten gevolge van een rechtshandeling.

Volgende twee hypothesen kunnen ons daarom daarom beter van dienst zijn. Ten eerste zal, als een gekocht goed wordt bezwaard met een hypotheek en vervolgens de koop ontbonden worden wegens contractuele wanprestatie van een van de partijen, de hypothecaire schuldeiser zich volgens art. 28, lid 4 Hyp. W. kunnen verhalen op de vergoeding. Het toepassingsgebied van deze bepaling werd verruimd tot ontbinding uit hoofde van een uitdrukkelijk beding¹²² en tot herroeping van een schenking¹²³. De tweede situatie heeft betrekking op de gerechtelijke onteigening van een goed dat met een zakelijke zekerheid is bezwaard. De wet bepaalt dat in dergelijk geval het goed van rechtswege van elke hypotheek gezuiverd wordt (art. 21 van de wet van 1835 op de onteigening ten algemene nutte). Daardoor wordt het volgrecht uitgeschakeld en komt de subsidiaire remedie die zaakvervanging is in het vizier: de hypothecaire schuldeiser kan zich niet langer verhalen op het oorspronkelijke goed maar moet genoegen nemen met de vergoeding.¹²⁴ In

¹¹⁹ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 325.

¹²⁰ Zie: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 498.

¹²¹ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 305.

¹²² Gent 21 december 1967, *RW* 1967-68, 1930; P. HEURTERRE, “Overzicht van rechtspraak. Voorrechten en hypotheek: 1966-70”, *TPR* 1971, 146-147; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 599.

¹²³ K. VLIEGEN, “Art. 28 Hyp. W.”, in *Comm. Voorr. & Hyp.*, Antwerpen, Kluwer, 1998, nr. 11; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 599.

¹²⁴ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 643-644.

beide gevallen is duidelijk sprake van juridisch verlies. De toepassing van zakelijke subrogatie is echter al even duidelijk.

Eén stramen komt telkens terug, meer bepaald een dubbele aanspraak, het bestaan van twee titularissen met een zakelijk recht op eenzelfde goed. Dit is dan ook het fundament van de stelling van JANSEN dat zakelijke subrogatie beschikkingsonbevoegdheid vooronderstelt.¹²⁵ Gevolg is dat diegene met de nieuwste titel uit de boot valt. Is dat noodzakelijk het geval? Rechtspraak en rechtsleer hebben bijvoorbeeld reeds in grote mate de geldigheid van dergelijke situatie aanvaard inzake fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid.¹²⁶ Opdat sprake zou kunnen zijn van een zakelijke aanspraak, moet het voorwerp niet per se volledig bepaald zijn. Het zakelijk recht van de verwachter heeft betrekking op het residuum, per definitie een bepaalbaar voorwerp.¹²⁷ Op die manier doen we misschien wel de evolutie van een louter voorwaardelijk recht naar een eigendomsrecht onder opschortende termijn teniet, maar niet uitsluitend het tweede kan bestempeld worden als een vast recht. Een recht onder opschortende voorwaarde kan eveneens van zakenrechtelijke aard zijn. Het enige verschil is dat het bij de termijn zeker is dat het recht ooit afloopt, en bij de voorwaarde niet.¹²⁸

4.2. EEN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF: FRANKRIJK

Na twee eeuwen staat de Franse wetgever mijlenver af van zijn revolutionaire voorganger.¹²⁹ Sinds de hervorming van het Franse erfrecht van 2006 verklaart de *Code Civil* het fideicommiss de residuo uitdrukkelijk geldig. De figuur wordt geregeld in de artt. 1057-1061. De bepaling gewijd aan de toepassing van zakelijke subrogatie (art. 1058, lid 2 C.C.) heeft zeker helderheid geschapen maar het is nog maar de vraag of ze eveneens een goeie ontwikkeling inhoudt. Door uitdrukkelijk te stellen dat de aanspraken van de verwachter geen betrekking hebben op de surrogatoire goederen, gaat ze namelijk lijnrecht in

¹²⁵ JANSEN schrijft: “Door de beschikking wordt duidelijk dat de verwachter nooit enig zakelijk recht had of zal hebben op de vervreemde goederen, zodat bij gebrek aan een dergelijk zakelijk recht evenmin zakelijke subrogatie mogelijk is”. (R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 325.)

¹²⁶ Cass. 4 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 878, *RW* 2003-04, 1689, noot M.E. STORME; Cass. 3 december 2010, *NJW* 2010, 834-836, noot V. SAGAERT; V. SAGAERT en R. JANSEN, “Overzicht rechtspraak zekerheden (2004-2010)”, *TPR* 2012, 1380, nr. 201. Zelf haalt JANSEN als inspiratiebron het Duitse recht aan: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 330.

¹²⁷ V. SAGAERT, “Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?”, in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Liber amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, 2006, 397, nr. 16; R. JANSEN en V. SAGAERT, “La subrogation réelle au cas d’un fideicommiss de residuo: quelques observations comparatives à propos de l’arrêt de la Cour de cassation française du 20 février 2008”, *European Review of Private Law* 2010, 582 nr. 6.

¹²⁸ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 324.

¹²⁹ P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 381, nr. 795.

tegen een groeiende tendens zoals die bestaat in het Europees privaatrecht.¹³⁰ Op dit principe geldt één uitzondering: effecten zijn onderling verwisselbaar (art. 1049, 2^{de} lid jo. 1061 C.C.). Beschikkingen hierover zouden geen vervreemding uitmaken maar daden van beheer.¹³¹

Zeker vermeldenswaard is het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 20 februari 2008.¹³² Het Hof sluit uitdrukkelijk zakelijke subrogatie uit.¹³³ Jammer genoeg is de motivering van deze beslissing niet in dezelfde mate geëxpliciteerd. In elk geval is het Hof de mening toegedaan dat, ook onder het oude recht en ware het dat de wetgever zakelijke subrogatie niet expliciet had uitgesloten, zakelijke subrogatie geen toepassing vindt in het geval van een fideicommiss de residuo. De meest plausibele verklaring daarvoor is dat zij, in de lijn van de kwalificatie van zaakvervangende als een remedie tegen beschikkingsonbevoegdheid, de bevoegdheid van de bezwaarde onverzoenbaar acht met de toepassing van zaakvervangende.¹³⁴ De verwachter heeft niet meer dan een voorwaardelijke aanspraak.¹³⁵ Op die manier gaat zowel de Franse wetgever als rechter in tegen de heersende trend en de billijkheid.

Het loont tenslotte nog de moeite te onderzoeken hoe de rechtsleer ertegen over staat. Een eerste strekking verklaart zakelijke subrogatie zonder meer mogelijk: het surrogatoire goed vervangt als diens economische tegenwaarde het oorspronkelijke goed.¹³⁶ Een tweede stroming is resoluut tegen: de vervreemding van het goed “vernietigt” de rechten van de verwachter.¹³⁷ Andere auteurs maken dan weer een onderscheid naargelang de aard van de goederen, namelijk tussen effecten¹³⁸ en onroerende goederen¹³⁹. MALAURIE

¹³⁰ R. JANSEN en V. SAGAERT, “La subrogation réelle au cas d’un fidéicommiss de residuo: quelques observations comparatives à propos de l’arrêt de la Cour de cassation française du 20 février 2008”, *European Review of Private Law* 2010, 584-586.

¹³¹ Cass. fr. 2 juni 1993, *Bull. civ. I*, nr. 204, *Defrénois* 1993, art. 35638, 1274, noot P. BUFFETEAU, *RTD civ.* 1994, 137, noot J. PATARIN; Cass. fr. 7 juni 2006, *Bull. Civ. I*, nr. 300, *RTD civ.* 2006, 807, noot M. GRIMALDI.

¹³² Cass. fr. 20 februari 2008, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, 345, goedkeurende noot M. GRIMALDI, *Répertoire Defrénois* 2008, 873, afkeurende noot P. MALAURIE. Zie ook: R. JANSEN en V. SAGAERT, “La subrogation réelle au cas d’un fidéicommiss de residuo: quelques observations comparatives à propos de l’arrêt de la Cour de cassation française du 20 février 2008”, *European Review of Private Law* 2010, 579-588. Dit arrest ligt in de lijn van vroegere rechtspraak: Cass. fr. 6 juli 2000, *Juris-Data*, nr. 98-10641.

¹³³ Letterlijk: “*Qu’en statuant ainsi, alors que les droits du second gratifié sur des immeubles ne se reportent ni sur le produit des aliénations, ni sur les nouveaux biens acquis, la Cour d’appel a violé le texte susvisé.*”

¹³⁴ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2009, 326.

¹³⁵ Cass. fr. 17 maart 1971, *Bull. Civ.*, I, nr. 292, *D.* 1972, 133, noot A. BRETON, *Rev. not. B.* 1975, 575; Cas. fr. 21 oktober 1969, *J.C.P.* 1970, nr. 16518; Angers 14 november 1990, *Juris-data*, nr. 052401.

¹³⁶ F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens*, Parijs, PUF, 2008, 251, nr. 159.

¹³⁷ M. GRIMALDI, noot onder Cass. fr. 7 juni 2006, *RTD civ.* 2006, 807; M. GRIMALDI, noot onder Cass. fr. 20 februari 2008, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, 345.

¹³⁸ Zie voetnoot 133.

¹³⁹ Cass. fr. 20 februari 2008, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, 345.

neemt eveneens een tussenpositie in.¹⁴⁰ Hij stelt dat zaakvervanging, gelet op art. 1058, lid 2 C.C., niet toegelaten is. Hij pleit er echter voor om deze bepaling te kwalificeren als zijnde slechts van suppletieve aard. Bijgevolg verliest ze haar uitwerking indien de beschikker uitdrukkelijk het tegendeel heeft bedongen of als diens tegenstelde wil duidelijk afgeleid kan worden uit het geheel van de bepalingen van de beschikking. Grondslag voor dit pleidooi is het fundamentele karakter van de wilsvrijheid van de beschikker.¹⁴¹

5. OP ZOEK NAAR INSPIRATIE: FIDUCIAIRE EIGENDOM TOT ZEKERHEID

De fiduciaire eigendomsverhoudingen kaderen in de instrumentalisering van het eigendomsrecht, d.i. een tendens die te ontwaren valt in de huidige maatschappij volgens dewelke dat eigendom steeds vaker gebruikt wordt als een middel om een ander doel te bereiken, en niet als een doel *an sich*. Zulks impliceert dat het een bepaalde bestemming toegewezen krijgt. Het eigendomsrecht kan zich dienstig tonen op twee manieren: de overdracht van de goederen ten titel van beheer of ten titel van zekerheid.¹⁴² In wat volgt, zal vooral de nadruk liggen op deze tweede vorm. De fiduciaire eigendom tot zekerheid wordt namelijk niet gesteund door een expliciete wettelijke grondslag. De rechtspraak is op zijn eentje op zoek moeten gaan naar een juridisch-technische fundering. De achterliggende redeneringen zijn er bijgevolg veel beter te achterhalen. Net van deze gedachtegangen wil ik onderzoeken in hoeverre zij een bron van inspiratie kunnen bieden om het fideicommiss de residuo te renoveren voor de toekomst.

Vooraleer daar toe te komen is het nuttig uiteen te zetten waarom de figuur van de fiduciaire eigendom tot zekerheid een dermate complex leerstuk vormt. Kern van de zaak is dat de wezenskenmerken van het eigendomsrecht niet langer in hun volle gedaante aanwezig zijn.¹⁴³ Ten eerste verschillen de bevoegdheden van de fiduciaire eigenaar sterk van de gemeenrechtelijke eigendomsbevoegdheden en kan derhalve moeilijk volgehouden worden dat zijn eigendomsrecht nog steeds *volmaakt* is. Zo is het hem niet toegelaten daden van beschikking te stellen die niet bestemmingsconform zijn. Verder vreet de bijzondere bestemming aan het *eeuwigdurende* karakter van het eigendomsrecht. Immers, van zodra de door de overdracht gewaarborgde verbintenis is nagekomen, verliest de eigendomsoverdracht zijn uitwerking. Ten laatste komt de *exclusiviteit* van het eigendomsrecht in het gedrang. Volgende hypothese kan dit verhelderen: als de schuldeiser onderworpen

¹⁴⁰ P. MALAURIE, noot onder Cass. fr. 20 februari 2008, *Répertoire Defrénois* 2008, 873-880.

¹⁴¹ P. MALAURIE, noot onder Cass. fr. 20 februari 2008, *Répertoire Defrénois* 2008, 878-879.

¹⁴² V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 54.

¹⁴³ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 54.

wordt aan een insolventieprocedure, kan de schuldenaar het betrokken goed nog steeds revindiceren in geval van samenloop met derden-schuldeisers, niettegenstaande de schuldeiser in feite als eigenaar te beschouwen is. Net als bij de Engelse trust kan zowel een juridische als een “economische” eigenaar zich beroepen op een eigendomsrecht. Laat deze dualiteit nu net het grote punt van analogie met het fideicommis de residuo zijn en dus ook de reden waarom we deze uitstap maken.

Waarom is het eigendomsrecht eigenlijk zo aantrekkelijk als zekerheidsinstrument? Wel, haar volmaaktheid – als tegengesteld aan de beslommingen die de beperkte zakelijke zekerheidsrechten met zich meebrengen. In het geval van een eigendomsrecht, blijft het goed namelijk reeds *ab initio* buiten de boedel, zodat de schuldeiser zich niet eens hoeft te bekommeren om de procedure van uitwinning.¹⁴⁴ STOUFFLET kroonde haar niet voor niets tot “*la reine des sûretés*”.

Voor ons begint het verhaal bij het arrest Sart-Tilman van 17 oktober 1996.¹⁴⁵ In deze eerste aanraking met het leerstuk toont het Hof van Cassatie zich niet welwillend tegenover de zakelijke werking ervan. Een eigendomsoverdracht ingegeven vanuit een loutere zekerheidsdoelstelling, zo stelt het Hof, is weliswaar geldig tussen partijen maar kan als niet bij wet voorziene reden van voorrang niet worden erkend. Er is met andere woorden een recht ontstaan dat niet voorzien is door het gesloten systeem van zakelijke rechten. Valt de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid dan niet te rijmen met het *numerus clausus*-beginsel? Eigendom is toch een zakelijk recht, het hoogste dan nog wel? Als we deze uitspraak van het Hof van Cassatie hertalen, zien we dat het Hof van oordeel is dat niet alle constitutieve bestanddelen van het eigendomsrecht aanwezig zijn.¹⁴⁶

Sindsdien heeft het Hof het geweer van schouder veranderd. Een eerste teken kwam er toen VEROUGSTRAETE, toenmalig voorzitter van het Hof van Cassatie, in de Senaatscommissie Justitie stelde dat het arrest Sart-Tilman “nooit gevolgen gehad heeft”.¹⁴⁷ Nogmaals de kans gegeven, zou er dus anders geoordeeld worden. Zulk arrest kwam er in 2003: het Hof oordeelde dat de schuldeiser recht had op de interesten op de gelden die tot zekerheid waren overgedragen, op grond van zijn aldus totstandgekomen eigendomsrecht.¹⁴⁸

¹⁴⁴ V. SAGAERT en R. JANSEN, “Overzicht rechtspraak zekerheden (2004-2010)”, *TPR* 2012, 1363, nr. 171; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 55.

¹⁴⁵ Cass. 17 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 930, *Bank Fin.R.* 1997, 114, noot I. PEETERS, *RW* 1996-97, 1395, noot M.E. STORME, *Rev.prat.soc.* 1997, nr. 6721, noot T. BOSLY.

¹⁴⁶ V. SAGAERT en R. JANSEN, “Overzicht rechtspraak zekerheden (2004-2010)”, *TPR* 2012, 1379, nr. 200.

¹⁴⁷ *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 453/1, p. 12.

¹⁴⁸ Cass. 4 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 878, *RW* 2003-04, 1689, noot M.E. STORME.

De meest recente analyse dateert van 3 december 2010.¹⁴⁹ In eerste instantie herhaalde het Hof dat de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid een niet bij wet voorziene zekerheid creëert.¹⁵⁰ Daarmee was enkel nog maar gezegd dat de figuur als dusdanig niet kon worden erkend, maar was in het midden gelaten of het eigendomsrecht van de overnemer-schuldeiser een andere vorm van erkenning verdiende. Met andere woorden, het Hof schuift als sanctie conversie naar voren, conversie in een pandrecht. Daarmee sluit het Hof van Cassatie zich aan bij zijn Franse evenbeeld.¹⁵¹

De fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid dient dus te worden geconverteerd in een pandrecht. Deze laatste ontwikkeling mag dan wel een achteruitgang inhouden voor het leerstuk ten opzichte van het arrest van 4 april 2003, voor wat betreft de vraag naar de toepassing van zakelijke subrogatie bij een fideicommiss de residuo volstaat deze beslissing ruimschoots. Het Hof van Cassatie heeft met deze uitspraak immers aanvaard dat twee zakelijk gerechtigden tegelijkertijd een zakelijke aanspraak kunnen hebben op eenzelfde goed. Zo is alvast aangetoond dat dergelijke dualiteit in het zakenrecht niet absoluut onmogelijk is. Naar analogie valt sterk te betwijfelen of de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde in het geval van een fideicommiss de residuo werkelijk haaks staat op de toepassing van zakelijke subrogatie.

6. CONCLUSIE

Het fideicommiss de residuo kan zeer oude adelbrieven voorleggen. Niettemin kan zij zeker haar nut bewijzen in de huidige samenleving. Hedendaagse rechtsleer en rechtspraak vullen de figuur weliswaar manifest anders in dan vroeger. De grens met de verboden erfstelling over de hand begint te vervagen. De beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde wordt aan steeds meer beperkingen onderworpen, terwijl de aanspraken van de verwachter meer op de voorgrond treden. Waarom anders een tweede begunstigde aanduiden? Een gelijkaardige ontwikkeling heeft zich voorgedaan in Frankrijk en Nederland, zij het dat daar de respectieve wetgevers er de taak tot hervorming op zich hebben genomen. Het Nederlandse NBW schuift zelfs de gewone

¹⁴⁹ Cass. 3 december 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 712, concl. Adv.-gen G. DUBRULLE, *RW* 2010-11, 1177, noot R. FRANZIS, *TBBR* 2011, 497, noot F. GEORGES, *TBH* 2011, 866, noot M. GRÉGOIRE en L. CZUPPER, *Bank Fin.R.* 2011, 120, noot I. PEETERS, *Ius & Actores* 2011, 261, concl. DUBRULLE, *NJW* 2010, 834, concl. Adv.-gen. DUBRULLE, noot V. SAGAERT; V. SAGAERT en R. JANSSEN, “Overzicht rechtspraak zekerheden (2004-2010)”, *TPR* 2012, 1380, nr. 201.

¹⁵⁰ Letterlijk: “Het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers en de artikels 7 en 8 van de hypotheekwet wijken noodzakelijkerwijze af van de artikelen 1134, 1135 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek, zodat een niet door de wet voorziene zakelijke zekerheid niet tegenstelbaar is aan de samenlopende schuldeisers.”

¹⁵¹ Cass. fr. 19 december 2006, *D.* 2007, 344, noot C. LARROUMET, *JCP G*, II, 10067, 37, noot D. LEGEAIS, *RTDciv.* 2007, 160, noot P. CROCQ. Later is dit standpunt nog bevestigd: Cass. fr. 26 mei 2010, *RTDciv.* 2010, 597, noot P. CROCQ.

tweetrapsmaking, d.i. het Nederlandse equivalent van onze Belgische erfstelling over de hand, naar voor als de regel. De vrees voor de dode hand is geweken.

Deze context vormt een mooi decor voor de erkenning van de toepassing van zakelijke subrogatie bij een fideicommiss de residuo. Zaakvervangende is het nuttige mechanisme dat toelaat de vermogenswaarde van een zakelijk recht te handhaven. Net als in de andere talloze toepassingsgevallen, kan ook hier het belang ervan niet onderschat worden. Het fideicommiss de residuo verwordt tot een trustachtige figuur waarbij de bezwaarde niet langer kan beschikken over de waarde van de goederen. Zulks houdt een manifeste beperking in van zijn bevoegdheid, duidelijk ten bate van de verwachter.

Opdat de tweede begiftigde zich zou kunnen beroepen op zakelijke subrogatie, diende de kwalificatie van diens rechten een wijziging te ondergaan. Een louter voorwaardelijke aanspraak zou niet volstaan voor zaakvervangende. Daarom hebben de hedendaagse rechtsleer en rechtspraak de positie van de verwachter opgewaardeerd. Voortaan beschikt hij over een eigendomsrecht onder opschortende termijn en is hij gerechtigd op de remedie die zaakvervangende biedt. De Nederlandse wetgever schrijft eveneens de mogelijkheid tot zakelijke subrogatie voor, al moet daar onmiddellijk een *caveat* bij geplaatst worden. De positie van de verwachter wordt naar Nederlands recht volledig bepaald door de regels van het vruchtgebruik en verschilt daarom reeds grondig van de regeling zoals die bestaat in het Belgisch recht.

JANSEN heeft zich vervolgens als eerste vragen gesteld bij deze evolutie. Ten eerste leidt hij uit de verbintenisrechtelijke aard van de beperkingen aan beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde af dat geen zakelijk recht bestaat in hoofde van de verwachter. Werpt zich nu echter de vraag op of de aard van deze beperkingen ons iets vertelt over de grondslag die erachter zit. Een verbintenisrechtelijke remedie kan ten titel van ondersteuning helpen een zakenrechtelijke doelstelling realiseren. Bovendien is het testeerverbod onoverkomelijk. Tweede reden dat de verwachter zich niet kan beroepen op zaakvervangende is dat de bezwaarde beschikkingsbevoegd is, terwijl zakelijke subrogatie beschikkingsbevoegdheid vooronderstelt. We moeten ons echter afvragen of de auteur zich hier niet vergalopheert door een enigszins occasioneel kenmerk voor te stellen als een fundamentele toepassingsvoorwaarde. Verschillende tegenvoorbeelden zijn te bedenken.

Fundering van de stelling van JANSEN is het problematische karakter van de dubbele aanspraak. In de woorden van GRIMALDI: “*Si le premier légataire a aliéné le bien, les droits du second seront anéantis.*”¹⁵² De nefaste impact van voornoemde these op het fideicommiss de residuo valt echter niet te

¹⁵² M. GRIMALDI, noot onder Cass. fr. 7 juni 2006, *RTD civ.* 2006, 807.

onderschatten. Het loont vanuit billijkheidsperspectief en rechtseconomisch oogpunt zeker de moeite op zoek te gaan naar een sterke juridisch-technische fundering voor zulk dualisme. Een mogelijke bron van inspiratie is de fiduciaire eigendom tot zekerheid. Het bepaalbare karakter van het voorwerp van de zakelijke aanspraken van de verwachter hoeft dan ook niet noodzakelijk problematisch te zijn. Tenslotte is het de jurist niet toegelaten uit het oog te verliezen dat een figuur als het fideicommiss de residuo in de eerste plaats ten dienste moet staan van het individu dat op doeltreffende en efficiënte wijze zijn vermogen wenst te beheren en erover wil beschikken. Daarom, bij wijze van besluit, een citaat van MALAURIE: “*Les volontés de ceux qui donnent ou qui lèguent sont diverses et tout en nuances. Le droit ne les respectera que s’il pratique lui aussi l’art de la nuance, qui devrait être le génie du droit civil.*”¹⁵³

¹⁵³ P. MALAURIE, noot onder Cass. fr. 20 februari 2008, *Répertoire Defrénois* 2008, 879.