

Het dwingendrecht- of openbareordekarakter van de erfrechtelijke reserve

Ghijsbrecht Degeest

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Alain-Laurent Verbeke en Dhr. Bert Van Den Houte

1. INLEIDING

Het familiaal vermogensrecht kent meerdere thema's waarover vooraanstaande auteurs fundamenteel van mening verschillen. Eén daarvan betreft het karakter van de erfrechtelijke reserve.

Drie strekkingen worden met betrekking tot deze thematiek verdedigd. Een eerste strekking stelt dat de erfrechtelijke reserve van openbare orde is, zij het dat zij na het opvallen van de nalatenschap haar openbareordekarakter verliest. Een tweede strekking is de mening toegedaan dat de reserve van dwingend recht is. Een derde en laatste strekking bepleit dat de reserve dwingend is in hoofde van de erflater en aanvullend in hoofde van de reservataire erfgenaam.

Vetreckende van bovenstaande discussiematerie wordt in deze werk de volgende onderzoeksvraag centraal gesteld: *“Is ‘onze’ huidige erfrechtelijke reserve van openbare orde dan wel van dwingend recht en wat zijn de gevolgen van de kwalificatie in de ene dan wel de andere zin?”*.

Aan de hand van (interpretatie en onderzoek van) wetsartikelen, rechtspraak en rechtsleer zal getracht worden om tot een antwoord te komen op bovenstaande onderzoeksvraag. Hierbij zal gebruik worden gemaakt van wets- of rechtshistorische en sociologische interpretatie. Er zal worden onderzocht of de evolutie van de maatschappij al dan niet gevolgen heeft gehad voor (de evolutie van) het openbareordekarakter van de reserve. Daarenboven wordt bestudeerd in welke mate de argumenten die werden aangehaald *pro* en *contra* het openbareordekarakter van andere rechtsfiguren – in het bijzonder het verbod van erfovereenkomsten – kunnen worden meegenomen in de beoordeling van het openbareordekarakter van de erfrechtelijke reserve.

Op rechtsvergelijkend gebied zal op geïntegreerde wijze aandacht worden besteed aan de evolutie in de beoordeling van het karakter van de reserve naar

Frans recht. De Belgische reserve kent immers dezelfde oorsprong als haar Franse ‘tegenhanger’.

Het Franse en het Belgische recht hebben echter een andere evolutie doorgemaakt. Enerzijds kan het onderzoek van het Franse recht, vóór de grondige wijziging van het erfrecht door de wetten van 2001¹ en 2006², interessante argumenten opleveren voor de beoordeling van het karakter van de reserve. Anderzijds werden voor deze wijzigingen een aantal argumenten aangehaald die ook naar Belgisch recht relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het karakter van de erfrechtelijke reserve.

Het zou niet de eerste keer zijn dat de Belgische wetgever, voor een wijziging van de wetgeving, inspiratie vindt bij zijn Franse collega. Als het regent in Parijs dan druppelt het in Brussel. Zo blijkt ook uit het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 waarin duidelijke verwijzingen naar de Franse wetgeving terug te vinden zijn. Daarom is het interessant om na te gaan welk standpunt de juridische wereld in Frankrijk thans inneemt met betrekking tot de discussie omtrent het karakter van de reserve.

Gelet op het bovenstaande kan in het kader van deze werk dan ook tevens de vraag worden gesteld: “*Welke invloed oefent het Franse recht en de visie van de Franse rechtsgeleerden met betrekking tot het karakter van de reserve uit op de beoordeling van het karakter van de reserve naar Belgisch recht?*”.

Momenteel bestaan in het Belgische recht drie categorieën reservataire erfgenamen: de afstammelingen (art. 913 BW), de ascendenten (art. 915 BW) en de langstlevende echtgeno(o)t(e) (art. 915bis BW). Gelet op de beperkte ruimte die mij geboden is beperkt dit werk zich tot de bespreking van de reserve van de afstammelingen.³ Deze reserve kent immers de sterkste bescherming.

Er bestaat bovendien eensgezindheid over het feit dat dat de ascendentenreserve niet (langer) van openbare orde is. Zowel in België – waar zij enkel genieten van een reserve op voorwaarde dat zij in nuttige graad staan en op voorwaarde dat deze reserve hen niet ontnomen werd door giften aan de langstlevende echtgeno(o)t(e) of wettelijk samenwonende partner, als in Frankrijk waar de ascendentenreserve met de wet van 23 juni 2006 werd afgeschaft.⁴ In navolging van verschillende voorgaande wetsvoorstellen en

¹ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JO 4 december 2001.

² Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO 24 juni 2006.

³ Deze bijdrage betreft een verkorte versie van mijn eigenlijke werk. In mijn werk wordt het karakter van de reserve van de ascendenten en de langstlevende echtgeno(o)t(e) wel besproken.

⁴ Zie oud artikel 914 Code civil. Ter compensatie voor de afschaffing van de ascendentenreserve heeft men in Frankrijk wel voorzien in een ‘droit de retour’ ten aanzien van de goederen die de ascendenten voordien hadden geschonken aan hun vooroverleden afstammeling. Zie artikel 738-2 Code civil; E. RIONDET en H. SÉDILLOT, *Transmission du patrimoine*, Parijs, Dalloz, 2011, 79). De ascendenten kunnen echter enkel van dit recht van terugkeer genieten op voorwaarde dat

bijdragen in de rechtsleer⁵, overweegt de Belgische wetgever eenzelfde stap in het wetsvoorstel van 5 augustus 2013⁶.

Omwille van de talrijke uitzonderingen op de reserve van de langstlevende echtgeno(o)t(e)⁷ is de discussie omtrent het al dan niet openbareordekarakter van deze reserve ook minder hevig dan bij de reserve van de afstammelingen. Komt men tot de conclusie dat de reserve van de afstammelingen niet (langer) kan gezien worden als van openbare orde, dan moet *a fortiori* geconcludeerd worden dat de reserve van de ascendenten en de langstlevende echtgeno(o)t(e) eveneens niet (langer) van openbare orde zijn.

Het Belgische Burgerlijk Wetboek kent geen definitie van de reserve. In de Belgische rechtsleer circuleren verschillende definities.⁸ De meest precieze en omvattende wordt gegeven door BARBAIX en VERBEKE: “*een (breuk)deel van de (fictief wedersamengestelde) nalatenschap dat door de erfflater niet kan worden aangetast door beschikkingen onder kosteloze titel ten nadele van de reservataire erfgenamen en dat (op initiatief van de reservataire erfgenamen) dwingend aan deze reservataire erfgenamen toekomt*”.⁹ De Franse Code civil kent wel een definitie: “*La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent*”.¹⁰

hun afstamming op zijn beurt geen afstammelingen heeft. Het Belgische recht kent in artikel 747 BW eveneens een recht van wettelijke terugkeer ten voordele van bloedverwanten in opgaande lijn van goederen geschonken aan hun kinderen of afstammelingen die zonder nakomelingen zijn gestorven.

⁵ Zie o.m. Wetsvoorstel (G. SWENNEN) houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake het beschikbaar gedeelte der goederen, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-302/1; Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1; M. COENE, *Comm. Erfr.*, Art. 915 BW, 2007, 19-20; A. VERBEKE, *Knelpunten familiaal vermogensrecht 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 12; A. VERBEKE, *De legitieme ontbloom of dood? Leve de echtgenoot!*, Deventer, Kluwer, 2002.

⁶ Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

⁷ Denk o.a. aan art. 334ter, lid 3 BW; art. 915bis §2, 2^e lid BW; art. 915bis §3 BW; de Valkeniersovereenkomst; de mogelijkheid tot verzaking aan de reserve in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming (EOT), enz.

⁸ Zie o.a. A.-C. VAN GYSEL (ed.), *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, 97-98; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 795, nr. 1311; P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, Bruylant, 2010, 241, nr. 173; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 976, nr. 1899.

⁹ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 171.

¹⁰ Artikel 912, lid 1 Code civil. Deze definitie werd in de Franse Code civil ingevoerd door de wet van 23 juni 2006. Zij laat uitschijnen, dat de reserve een deel van de nalatenschap (in *natura*) is ('*part des biens et droits successoraux*'). Vreemd genoeg heeft diezelfde wet er nochtans voor gezorgd dat men geëvolueerd is naar een reserve in waarde. De reservataire erfgenamen kunnen (behoudens enkele uitzonderingen) dan ook geenszins aanspraak maken op een (erf)deel van de nalatenschap. Het bovenstaande wijst op het voordeel van de afwezigheid van een wettelijke definitie. Wordt in de wet een definitie ingeschreven, dan behoort het tot de mogelijkheden dat ze

De definitie van BARBAIX en VERBEKE is gebaseerd op de (wettelijke) kenmerken van de reserve en de manier waarop zij wordt beschermd. Die methode biedt het comfort dat de definitie kan worden afgeleid uit en aangepast aan de actueel geldende wet.¹¹ De definitie van BARBAIX en VERBEKE verwijst naar het feit dat de reserve wordt beschermd door middel van een inkorting in *natura*.¹² De reservataire erfgenamen moeten daartoe het initiatief nemen. Verder wordt duidelijk dat de reserve enkel bescherming biedt tegen beschikkingen onder kosteloze titel en dat de erfflater deze bescherming in beginsel niet kan ontnemen. Bovendien wijst de definitie van BARBAIX en VERBEKE erop dat de reserve een deel van de nalatenschap is, oftewel een *pars hereditatis*. Dit heeft tot gevolg, dat de reservataire erfgenaam enkel aanspraak kan maken op zijn reserve voor zover hij ook tot de nalatenschap komt.¹³

Ook dit werk ontsnapt niet aan de feitelijkheid dat het recht onderhevig is aan voortdurende verandering. Tijdens de redactie werd een wetsvoorstel ingediend met het oog op een (tweede) hervorming van het erfrecht. Het betreffende wetsvoorstel van 5 augustus 2013¹⁴ kadert in de golf van hervormingen die zich voordoet op het vlak van het erfrecht.¹⁵ In deze werk wordt getracht de relevante (voorgestelde) wijzigingen met betrekking tot het karakter van de erfrechtelijke reserve weer te geven.¹⁶

op de helling komt te staan door (latere) aanpassingen in de wetgeving. De Franse wetgever is er zelfs in geslaagd verwarring te zaaien in één en dezelfde aanpassing van de wetgeving door een definitie in te voeren die moeilijk te verzoenen is met de wijze waarop de reserve wordt beschermd.

¹¹ Voert de wetgever bijvoorbeeld aanpassingen door aan de manier waarop de reserve wordt beschermd, dan kan ook de definitie van de reserve aan deze wijzigingen worden aangepast.

¹² De inkorting kan worden gevorderd, indien het voorbehouden gedeelte, dat wordt berekend op basis van de fictieve massa (zie artikel 922 Burgerlijk Wetboek), is overschreden.

¹³ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 173-174; W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 384; P. DE PAGE en I. DE STEFANI, "La donation et ses impacts successoraux" in A. CULOT en P. DE PAGE (eds.), *Les donations: aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, 166; W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 977, nr. 1900; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1978, 211-212; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1404; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 49.

¹⁴ Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

¹⁵ Het vormt het verlengstuk van de reeds bij wet van 10 december 2012 (Wet van 10 december 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Strafwetboek en het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de onwaardigheid om te erven, de herroeping van giften, het verval van huwelijksvoordelen en de plaatsvervulling, *BS* 11 januari 2013). doorgevoerde wijzigingen.

¹⁶ Daarbij is het vooral interessant om na te gaan welke wijzigingen dit nieuwe wetsvoorstel beoogt. In dit wetsvoorstel werden een vijftal zaken onderzocht, waarvan er meerdere interessant kunnen zijn voor de beoordeling van het karakter van de erfrechtelijke reserve: de devolutie van de nalatenschap naar bloedverwanten, inclusief de plaats van de langstlevende echtgeno(o)t(e) en de langstlevende wettelijk samenwonende in deze nalatenschap; de regels inzake de verdeling van de nalatenschap, de inbreng van schenkingen en van schulden, en de gevolgen van de verdeling; de

2. DISCUSSIE IN DE RECHTSLEER: EEN RESERVE VAN OPENBARE ORDE, DWINGEND RECHT OF (GEDEELTELIJK) VAN AANVULLEND RECHT?

Het al dan niet openbareordekarakter van de Belgische erfrechtelijke reserve blijkt niet uit een wettelijke bepaling. Een expliciete verwijzing naar het karakter van de reserve is evenmin voorhanden in de Franse Code civil.

Vooraleer in te gaan op de verschillende stellingen die in de rechtsleer worden verdedigd, verdient het de voorkeur uiteen te zetten in welke mate bepalingen van openbare orde, dwingend recht en aanvullend recht van elkaar verschillen en wat de gevolgen zijn van het kwalificeren van een bepaling in de ene dan wel de andere zin.

2.1.1. De relevantie van het onderscheid

Bepalingen van openbare orde en van dwingend recht hebben een verschillend doel. Een bepaling van dwingend recht wil louter private belangen bescherming bieden, terwijl regels van openbare orde het algemeen belang beschermen.¹⁷ De aard van het (in hoofdzaak) beschermde belang bepaalt het openbareorde- of dwingendrechtelijk karakter van de betreffende bepaling.¹⁸

Een bepaling van openbare orde en een bepaling van dwingend recht hebben met elkaar gemeen, dat zij niet kunnen worden opzijgezet door andersluidende

reserve van de kinderen, van de ouders en van de langstlevende echtgeno(o)t(e), en de regels van de inkorting; het begrip onbelaste reserve, de mogelijkheid om daarvan af te wijken ten voordeel van zorgkinderen en de mogelijkheid om aan de reserve te verzaken en tot slot de mogelijkheid om erfovereenkomsten te sluiten (wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St. Senaat* 2012-2013, nr. 5-2207/1)

¹⁷ Zie o.a. Cass. 29 november 2007, *RW* 2010-11, 1176; Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, I, 131; Cass. 15 maart 1968, *Pas.* 1968, I, 885; Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699; J. VAN ZUYLEN, “L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WERY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, 94, nr. 5; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 10.

In Frankrijk maakt men, wat de openbare orde betreft nog een onderscheid tussen *ordre public politique (et morale)* en *ordre public économique (et social)*. Dit laatste begrip wordt verder nog opgedeeld in *ordre public économique de direction* en *ordre public économique de protection*. Dit laatste komt overeen met het Belgische begrip ‘dwingend recht’. Het overige vormt samen datgene wat men in België verstaat onder openbare orde (F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2724-2725, nr. 23).

¹⁸ J. VAN ZUYLEN, “L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WERY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, 109-111, nr. 12.

Nochtans is het niet altijd even duidelijk of een bepaalde regel voornamelijk een privaats dan wel een algemeen belang beoogt te beschermen (F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2749-2750, nr. 44).

overeenkomsten van de partijen. Bevestiging of afstand van het recht om de nietigheid in te roepen¹⁹ zijn in beginsel niet mogelijk.

Voor bepalingen van openbare orde is deze regel absoluut.²⁰ Rechten van openbare orde zijn niet vatbaar voor afstand.²¹ Dit geldt ook voor al verworven rechten, aangezien rechtsregels van openbare orde het maatschappelijke belang voor ogen hebben.²² Een schending van een bepaling van openbare orde wordt daarom gesanctioneerd met een absolute nietigheid. Miskennen van een rechtsregel van dwingend recht wordt daarentegen gesanctioneerd met een relatieve nietigheid.²³ Dat valt te verklaren door het feit dat de regel dat er geen afstand van kan worden gedaan, voor dwingendrechtelijke regels niet absoluut is, maar relatief. Eens het recht verworven is of nadat de dwingende bescherming vervalt, kan afstand van de bescherming gedaan worden.²⁴ Zolang de houder van het dwingende recht de bescherming, die de dwingende regel beoogt, moet genieten, is afstand van een bepaling van dwingend recht niet mogelijk. Sommige rechtsgeleerden wijzen er echter op, dat de houder van het dwingende recht zich nadat de rechten verworven zijn niet noodzakelijk niet langer in een beschermenswaardige positie bevindt. Zij argumenteren dan ook, dat afstand enkel mogelijk is, wanneer de beoogde bescherming uitwerking heeft kunnen hebben.²⁵

Bevestiging of afstand kan uitdrukkelijk en zelfs stilzwijgend geschieden. De wil om te bevestigen moet er één vrij van gebreken zijn en met kennis van

¹⁹ F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2785, nr. 70.

²⁰ Zie artikel 6 Burgerlijk Wetboek.

²¹ Zie Cass. 31 oktober 2008, C.06.0445.N; Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSSELMANS; Cass. 10 maart 1994, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 201; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

²² G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 66; B. TILLEMANS, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2008, 63.

²³ F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2727, nr. 25; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 341, nr. 220; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 65; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 109-110, nr. 211-212; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I, Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1939, nr. 89bis-90.

In Frankrijk worden deze verschillende vormen van nietigheid niet zo strikt vastgekoppeld aan de verschillende soorten openbare orde die daar bestaan. (Zie J. GHESTIN, *Traité de droit civil: Les obligations. Le contrat: formation*, Parijs, LGDJ, 1988, 931-936, nr. 781).

²⁴ S. VAN WASSENHOVE, “La renonciation du droit du travail”, *JTT* 2007, 410; I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. Proefschrift UGent, 2000, 709.

²⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 304, nr. 188; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 696-697, nrs. 553-554; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 372.

zaken. Uiteraard kan zij enkel gebeuren door degene die het recht heeft de nietigheid in te roepen en dit met de intentie om te verzaken.²⁶ Bij een stilzwijgende bevestiging is daarenboven vereist, dat zij blijkt uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn.²⁷

Het verschil in sanctionering van dwingendrechtelijke regels (relatieve nietigheid) en van regels van openbare orde (absolute nietigheid) heeft nog een aantal andere belangrijke gevolgen. Een relatieve nietigheid kan enkel worden opgeworpen door degene wiens belang wordt beschermd door de met nietigheid gesanctioneerde rechtsregel. Een absolute nietigheid kan door iedere belanghebbende worden ingeroepen.²⁸ Bovendien dient de rechter een absolute nietigheid, in tegenstelling tot een relatieve nietigheid, ambtshalve op te werpen.²⁹

Een bijkomend punt van onenigheid betreft het feit, dat de relatieve nietigheid *in limine litis* moet worden ingeroepen, terwijl de absolute nietigheid in elke stand van het geding kan worden opgeworpen.³⁰

Bij bepalingen van aanvullend recht is van dergelijke verschilpunten geen sprake. Immers, een inbreuk op een bepaling van aanvullend recht wordt niet gesanctioneerd. Het gevolg van een dergelijke inbreuk is, dat wat tussen de partijen is overeengekomen, hun rechtsverhouding zal beheersen.³¹

²⁶ J. VAN ZUYLEN, “Les rapports entre la loi (imperative, supplétive) et l’autonomie de la volonté” in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées – Volume 2 – normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2013, 872-873, nr. 17; P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1 – Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 320-323, nr. 328.

²⁷ Zie Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 602; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 65-66.

²⁸ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 109-110, nr. 211-212; P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1 – Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 319, nr. 327; M. DUPONT, “Nullité absolue et nullité relative” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 60, nr. 20; zie ook in Frankrijk: G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, XIV, Des obligations, III*, Parijs, Larose & Tenin, 1908, 274, nr. 1932; H. CAPITANT, *Introduction à l’étude de droit civil – notions générales*, Parijs, Pedone, 1898, 258-259.

²⁹ F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2744, nr. 40; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

³⁰ S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 230; R. DEVLOO en G. MARTYN, *Een kennismaking met recht en rechtspraktijk*, Brugge, die Keure, 2008, 368; F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2751, nr. 46.

³¹ G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 9; P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 342, nr. 656.

2.1.2. Klassieke stelling: de reserve is van openbare orde.

De traditionele opvatting luidt dat de reserve van openbare orde is.³² Deze visie vindt steun in de (vooral oude) (cassatie)rechtspraak.³³ De reden voor dit openbareordekarakter zou gelegen zijn in het feit dat de reserve de maatschappelijke en familiale organisatie aanbelangt. Het openbareordekarakter van de reserve wordt ook in Frankrijk bepleit.³⁴ Openbare orde impliceert een hoedanigheid voorbehouden aan wetgeving die de wezenlijke belangen van de staat, de gemeenschap of het gewest betreft of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust.³⁵ De notie openbare orde wordt vastgeknoopt aan de (belangen van) de samenleving. Aangezien de samenleving doorheen de tijd andere vormen kan aannemen en andere accenten kan leggen, is ook het begrip ‘openbare orde’ een evolutief begrip.³⁶

De hierboven uiteengezette definitie van de notie openbare orde heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 9 december 1948³⁷ overgenomen van DE PAGE. Om te kunnen beoordelen of een bepaling van openbare orde is, moet volgens DE PAGE telkens het volgende nagegaan worden: “*l’esprit de l’institution, et rechercher en quoi ou par quoi elle est en rapport avec les*

³² N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, Limal, Anthemis, 2012, 163; F. TAINMONT, noot onder Cass. 29 april 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2011, 527; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903; J. DU MONGH, “Kan een schenking buiten deel die werd gedaan om de reservataire rechten te fnuiken, enkel worden aangevochten met een vordering tot inkorting?” in W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 443; J. DU MONGH, *De erfovergang van aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 501, nr. 355.

³³ Cass. 8 november 1963, *RW* 1964-65, 816; Cass. 30 maart 1944, *Arr.Cass.* 1943-44, 131; Cass. 8 maart 1934, *Pas.* 1934, I, 211; *JT* 1934, 197.

³⁴ Zie Cass. fr. civ. 1re 19 maart 1991, *JCP* 1992, II, 21840, noot PH. SALVAGE; *D.* 1992, somm. 229, obs. B. VAREILLE; Cass. fr. civ. 1re 22 februari 1977, *Bull. civ.* I, n° 100; Cass. fr. 10 november 1964, *RTDCiv.* 1965, 384, noot R. SAVATIER; E. RIONDET en H. SÉDILLOT, *Transmission du patrimoine*, Parijs, Dalloz, 2011, 80; C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2005, 307; D. GUÉVEL, *Successions. Libéralités*, Parijs, Dalloz, 2004, 350; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, L. LEVENEUR (eds.), *Successions – libéralités*, Parijs, Montchrestien, 1999, 192; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Parijs, Litec, 1996, 257.

³⁵ Cass. 19 maart 2007, *T.Not.* 2009, 47; Cass. 10 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 236; Cass. 18 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 207; Cass. 18 maart 1988, *RW* 1988-89, 711, noot E. DIRIX; zie o.a. ook J. DE CONINCK, “De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 190.

³⁶ Zie M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 199; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 42, nr. 72; P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 337; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, nr. 28.

³⁷ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699.

*exigences essentielles de la collectivité, ou les bases fondamentales du droit privé.*³⁸

De notie moet strikt worden geïnterpreteerd. Een bepaling is slechts van openbare orde in de mate dat zij zo essentieel is voor de maatschappelijke orde dat zij – de maatschappij – zonder deze bepaling redelijkerwijze niet (behoorlijk) kan functioneren.³⁹ De auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten menen bijgevolg dat haar maatschappelijke en familiale functie dermate essentieel is, dat de maatschappij in afwezigheid van de reserve niet behoorlijk kan functioneren.

De genoemde auteurs preciseren wel dat de reserve dit openbareordekarakter verliest bij het openvallen van de nalatenschap. Op dat moment kunnen de reservataire erfgenamen immers verzaken aan de vordering tot inkorting en bijgevolg aan de reserve. Vanaf dat moment zou de reserve nog ‘slechts’ van dwingend recht zijn.⁴⁰ Het karakter van de reserve wordt bijgevolg opgedeeld in twee perioden: vóór het openvallen van de nalatenschap is zij van openbare orde, na het openvallen van de nalatenschap van dwingend recht.

DU MONGH maakt nog een onderscheid tussen de regels waarin de reserve is ‘geconcipieerd’ en de regelingen die de reservataire erfgenamen beogen te beschermen tegen aantastingen van hun reserve. De laatsten zijn volgens DU MONGH van dwingend recht, waar de reserve zelf van openbare orde moet zijn.⁴¹

2.1.3. De reserve is van dwingend recht.

In de (recente) rechtsleer wordt meer en meer bepleit dat de reserve van dwingend recht is. De reden hiervoor zou liggen in het feit dat zij slechts de bescherming van private belangen tot doel heeft.⁴² Een bepaling van openbare

³⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I, Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1939, nr. 91.

³⁹ J. DE CONINCK, “De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 190.

⁴⁰ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

⁴¹ J. DU MONGH, “Kan een schenking buiten deel die werd gedaan om de reservataire rechten te fnuiken, enkel worden aangevochten met een vordering tot inkorting?” in W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 443; J. DU MONGH, *De erfvergang van aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 456-457.

⁴² M. ADRIAENS, “Vaders wil is wet, of toch niet helemaal? Over het *de facto* onterven van reservataire erfgenamen door middel van giften” in R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE (eds.), *Actuele knelpunten familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 185, nr. 12; R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 180; R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 341; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek voor burgerlijk recht, Deel IV, Huwelijksstelsels, erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 1137 en 1326; A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE

orde behelst daarentegen het algemeen belang. Beperkt de rechtsfiguur zich tot de bescherming van de private belangen, dan kan zij niet worden gezien als van openbare orde.⁴³

De idee dat de reserve niet van openbare orde is, maar van dwingend recht is niet nieuw. DE PAGE⁴⁴ bepleitte deze opvatting reeds (gedeeltelijk), voor het eerst in 1947.⁴⁵

Uit het standpunt van de erflater is de reserve, volgens DE PAGE, weliswaar van openbare orde in die zin dat de erflater op geen enkele manier de reservataire erfgenamen de reserve kan ontnemen. Dat kan zelfs niet met instemming of toestemming van de reservataire erfgenamen aangezien een dergelijke overeenkomst een verboden erfvereenkomst zou uitmaken. Uit het standpunt van de reservataire erfgenamen liggen de zaken echter anders. De reserve kan volgens DE PAGE niet worden gezien als van openbare, in die zin dat de reservataire erfgenamen er nooit van kunnen afwijken. Hij besluit dan ook dat de verzaking aan de reserve, na het openvallen van de nalatenschap, geldig is.

Wat betekenen deze woorden van DE PAGE nu precies? Kan hieruit worden afgeleid dat hij het openbareordekarakter van de reserve volledig afwijst? Zo ver lijkt zijn visie niet te reiken. In ieder geval kan hieruit wel worden afgeleid dat DE PAGE de reserve niet (langer) ziet als van openbare orde na het openvallen van de nalatenschap. Op dat moment kunnen de reservataire erfgenamen immers (door te verzaken aan de vordering tot inkorting) verzaken aan hun reserve. Indien men de opvatting verdedigt dat het mogelijk is het karakter van de reserve op te splitsen in de periode vóór en de periode na het

en L. WEYTS, *Notariële clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 256; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 895, nr. 1443; N. GEELHAND, "Beschouwingen, denkpijlers en valkuilen van de successierechten bij familiale vermogensplanning" in X (ed.), *Familiale vermogensplanning XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 298, nr. 32; P. DELNOY, "Les libéralités sous leurs aspects civils" in P. DELNOY en Ph. DE PAGE (eds.), *Libéralités, successions légales, partages et droits de succession*, Luik, CUP, 1999, 77; C. SLUYTS, "Inbreng en inkorting. De problematiek van de waardeschommelingen" in W. PINTENS en B. VANDERMEERSCH (eds.), *Vereffening en verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, nr. 53; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Leuven, Uystpruyst, 1960, nr. 24.

⁴³ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 42-43, nr. 72.

⁴⁴ DE PAGE stelde: "*Il ne faut pas se méprendre sur le caractère d'ordre public de la réserve. Sans doute, celle-ci est-elle d'ordre public en ce sens que le testateur ne peut l'enfreindre, à quelque titre que ce soit; et qu'il ne le peut, même du consentement des intéressés, car la réserve étant une part de succession ab intestat. Il s'agirait d'un pacte sur succession future. Mais cela ne signifie pas que la réserve serait d'ordre public en ce sens que les intéressés (réservataires) ne pourraient jamais y déroger. Ainsi la renonciation à la réserve est valable. La réserve n'est plus alors qu'un bénéfice pécuniaire, comme la compensation, la prescription et l'autorité de la chose jugée*".

⁴⁵ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1406B; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1947, nr. 1406B.

opvallen van de nalatenschap, is hiermee enkel uitsluitel gegeven voor de periode na het overlijden van de *decius*.

Uit deze redenering valt echter ook af te leiden dat, indien men tot het besluit komt dat de reservataire erfgenamen (op veralgemeende wijze) afstand kunnen doen van hun reserve alvorens de nalatenschap is opengefallen, de reserve ook voor deze periode niet langer kan worden beschouwd als van openbare orde. Uit deel II zal blijken dat er een toenemend aantal uitzonderingen bestaat op de regel dat niet anticipatief kan verzaakt worden aan de vordering tot inkorting. Bijgevolg is de vraag gerechtvaardigd of deze mogelijkheden ook een invloed hebben op de beoordeling van het karakter van de reserve voor de periode vóór het opvallen van de nalatenschap.

In zijn proefschrift schrijft DILLEMANS, dat de grondidee en het (hoofd)doel van de reserve de individuele bescherming van de reservataire erfgenaam is, wat een privaat belang is. DILLEMANS noteert dat: “*men de reserve heeft gewild niet zozeer als een maatregel om de goederen te bewaren in de familie in haar geheel, maar wel als een verzekering, een voorrecht voor bepaalde erfgenamen, steunend op hun erfgenaamschap en eveneens op hun individuele graad van relatie met de decuius*”.⁴⁶

Ook in de (zeer) recente rechtsleer wordt het dwingendrechtelijk karakter van de reserve bepleit. Volgens BARBAIX, VERBEKE en VERDICKT volgt uit de kenmerken van de reservataire bescherming, dat de reserve van dwingend recht moet zijn.⁴⁷ Ze biedt uitsluitend bescherming aan de reservataire erfgenamen en verschaft hen een aanvechtingsrecht, waaraan ieder van hen, in de regel enkel na het overlijden van de *decius*, individueel kan verzaken. Er zijn geen vormvereisten verbonden aan deze verzaking, zij het dat ze moet blijken uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn.⁴⁸ De reservataire erfgenamen hebben daarenboven de mogelijkheid om afstand te

⁴⁶ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Leuven, Uystpruyst, 1960, nr. 24

⁴⁷ Zie R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginnelsen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 179-180; R. BARBAIX en B. VERDICKT, “De ontdekking van de vermoede schenking. Het Hof van Cassatie bevestigt de klassieke opvatting”, *T.Not.* 2011, 455-456.

⁴⁸ Cass. 10 februari 2005, *Pas.* 2005, I, 345; Cass. 19 december 1991, *RW* 1991-92, 1478; Cass. 26 februari 1987, *Pas.* 1987, I, 770; Luik 25 februari 1947, *JL* 1948, 219; Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 602.

Zo kan bijvoorbeeld geen verzaking aan de vordering tot inkorting worden afgeleid uit het feit dat de reservataire de begiftigde na het overlijden van de *decius* gedurende een bepaalde periode ongestoord van de goederen liet genieten (Bergen 15 april 1994, *RNB* 1994, 540; vgl. ook Bergen 15 september 1992, *RNB* 1995, 22; W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 402). De rechtspraak oordeelde, dat de spontane afgifte van een legaat dat het beschikbaar deel overtrof, evenmin volstond, indien de reservataire erfgenaam zich er niet van bewust was, dat het betreffende legaat een inbreuk was op zijn reserve (Luik 28 februari 2001, *JT* 2002, 412). Een (impliciete) afstand van de vordering tot inkorting (en dus van de reserve) werd wel aangenomen in het geval waarin de voorbehouden erfgenaam in de aangifte van de nalatenschap uitdrukkelijk verklaarde, dat de schenking behouden bleef (Bergen 15 juni 1994, *JT* 1995, 173).

doen van hun vordering tot inkorting in *natura* en kunnen zich tevreden te stellen met de inkorting in waarde (*qui peut le plus peut le moins*).⁴⁹

Uit het voorgaande kan volgens BARBAIX, VERBEKE en VERDICKT sluitend worden afgeleid, dat de reserve van dwingend recht is.⁵⁰ Uit deze kenmerken vloeit namelijk voort, dat de reserve louter de private belangen wil beschermen, eerder dan de maatschappelijke en familiale organisatie. Eenzelfe redenering hanteert ook PUELINCKX-COENE.⁵¹

Aangezien de bescherming pas kan worden ingeroepen vanaf het opvallen van de nalatenschap en een verzaking in de regel ook dan slechts mogelijk is, lijkt het erop, dat deze auteurs eveneens een opsplitsing maken tussen de periode vóór en de periode na het opvallen van de nalatenschap. Uit deze kenmerken en het feit dat de reserve slechts de reservataire erfgenamen beschermt, wordt echter (terecht) afgeleid, dat de reserve de private belangen van de reservataire wil beschermen. Het onderscheid tussen de periode vóór en die na het opvallen van de nalatenschap is daarbij niet relevant. De reserve is voor deze volledige periode ‘slechts’ van dwingend recht: zij beoogt zowel vóór als na het overlijden van de erflater ‘slechts’ de bescherming van de particuliere belangen van de reservataire erfgenamen.

CASMAN en DEKKERS zijn eveneens de mening toegedaan, dat het feit dat de rechter de schending van de regels van de reserve niet ambtshalve moet/mag opwerpen en de reservataire erfgenamen na het opvallen van de nalatenschap ervan kunnen afzien de bescherming in te roepen, erop duidt, dat de reserve ‘slechts’ van dwingend recht is.⁵² DEKKERS wijst erop dat de reserve zich niet opdringt aan de (beschermd) reservataire erfgenamen. Zij beoogt enkel het privébelang en is in die zin niet van openbare orde.⁵³

Niet alleen in België bepleit de rechtsleer dat de reserve niet (langer) van openbare orde is. Ook in Frankrijk wordt het dwingendrechtelijk karakter van de reserve bepleit.⁵⁴ De idee dat de reserve tot doel heeft de private belangen

⁴⁹ Zie o.a. Antwerpen 11 juni 2007, niet gepubl., inzake 2004/AR/814; Bergen 15 september 1992, *Rev.not.b.* 1995, 22; Bergen 15 april 1994, *Rev.not.b.* 1994, 560; Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 602.

⁵⁰ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 180; R. BARBAIX en B. VERDICKT, “De ontdekking van de vermorde schenking. Het Hof van Cassatie bevestigt de klassieke opvatting”, *T.Not.* 2011, 455-456; A. VERBEKE, “Belgisch reservataire erfrecht”, *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2002, nr. 2, 25.

⁵¹ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Opvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 603 en 651.

⁵² R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 805.

⁵³ H. DEKKERS, *Précis de droit civil belge, Tome III*, Brussel, Bruylant, 1955, 802-803.

⁵⁴ S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 238-239; C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 358; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 312; A.-M. LEROYER,

van de reservataire erfgenamen te beschermen vindt men ook terug in de Franse literatuur.⁵⁵

De (meerderheid van de) Franse rechtsleer stelt, dat met de wet van 23 juni 2006⁵⁶ het openbareordekarakter van de reserve onder druk is komen te staan. LEROYER wijst op een verzwakking van de familierechtelijke solidariteit en een versterking van de individuele beschikkingsvrijheid van de erflater.⁵⁷ Hoofdreden om het openbareordekarakter van de reserve af te wijzen is gelegen in de invoering van de ‘RAAR’, ‘*la renonciation anticipée à l'action en réduction*’.⁵⁸ Een vermoedelijke reservataire erfgenaam kan sindsdien verzaken aan de vordering tot inkorting in een nog niet opengevallen nalatenschap.⁵⁹ De mogelijkheid om (op algemene wijze) aan de vordering tot inkorting en ruimer aan de reserve te verzaken, zet het openbareordekarakter van de reserve onder druk. Hoewel een gelijkaardige figuur als de ‘RAAR’ in het Belgische recht (vooralsnog)⁶⁰ niet voorhanden is, bestaan er *de lege lata* ook in het Belgische recht mogelijkheden tot anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting, zij het dat het toepassingsgebied daarvan beperkt(er) is.

2.1 4. Een derde stelling: van dwingend recht in hoofde van de erflater, van aanvullend recht in hoofde van de reservataire erfgenaam.

Een derde opvatting, onder meer verdedigd door VAN GYSEL⁶¹, stelt dat het karakter van de reserve door twee verschillende brillen moet worden bekeken. Door de bril van de *decuius* is de reserve van dwingend recht aangezien de erflater niet over de mogelijkheid beschikt de reserve aan te tasten door overdreven giften. Door de bril van de reservataire erfgenamen is de reserve daarentegen van aanvullend recht aangezien zij vrij beslissen om hun reserve al dan niet op te eisen. DELNOY en Ph. DE PAGE verdedigen eenzelfde opvatting. Beide auteurs menen dat de reserve veeleer van dwingend recht is. Zij beargumenteren dat drievoudig: met het feit dat de reservataire erfgenamen

Droit des successions, Parijs, Dalloz, 2011, 384; J. MAURY, *Succession et libéralités*, Parijs, LexisNexis, 2009, 15-20.

⁵⁵ S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 238-239; C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 358; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 312; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384; J. MAURY, *Succession et libéralités*, Parijs, LexisNexis, 2009, 15-20; M.-C. FORGEARD en N. LEVILLAIN, *Liquidation des successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 125; F. SAUVAGE, *Successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 183.

⁵⁶ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juni 2006.

⁵⁷ A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384.

⁵⁸ Zie artikel 929 Code civil, ingevoerd door de wet van 23 juni 2006 (Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juni 2006).

⁵⁹ Een uitgebreide bespreking van de zogenaamde ‘RAAR’ volgt verder in Deel II.

⁶⁰ Er is een wetgevende verandering op til die in een soortgelijke figuur voorziet.

⁶¹ Zie A.-C. VAN GYSEL (ed.), *Précis du droit des successions et des libéralités*, Brussel, Bruylant, 2008, 438-439.

kunnen verzaken aan hun reserve, met het feit dat de rechter een schending ervan niet ambtshalve kan opwerpen en met het gegeven dat een schending ervan niet voor het eerst bij het Hof van Cassatie kan worden opgeworpen. Wel preciseren beiden dat de reserve enkel dwingend is voor de erflater. Die beschikt immers niet over de mogelijkheid om afbreuk te doen aan de reserve. Voor de reservataire erfgenaam is de reserve niet dwingend. Hij is niet verplicht de vordering tot inkorting in te stellen maar kan vrij over dit recht beschikken.⁶²

Vooralslang Franstalige zijde blijkt deze opvatting populair te zijn.⁶³

Mijns inziens valt de reserve vanuit het standpunt van de erflater echter moeilijk te karakteriseren. Zoals BARBAIX, VERBEKE en VERDICKT terecht aangeven is de reserveregeling door de bril van de *decuius* neutraal.⁶⁴ Enerzijds beschikt hij niet over de mogelijkheid de reservataire erfgenamen de reservataire bescherming te ontnemen. Anderzijds doet de reserve geen afbreuk aan de beschikkingsbevoegdheid van de erflater. Als bescherming van de reservataire erfgenamen dient de reserve dan ook, zoals BARBAIX, VERBEKE en VERDICKT aangeven, te worden bekeken door de bril van de reservataire erfgenamen.⁶⁵

Aangezien de reserve louter mag worden bekeken en gekarakteriseerd vanuit het standpunt van de reservataire erfgenamen blijft het onderzoek in deze werk naar het karakter van de reserve dan ook beperkt tot dat standpunt. Bijgevolg kan de derde opvatting worden herleid tot een reserve van aanvullend recht in hoofde van de reservataire erfgenamen.

Deze stelling kan echter niet overtuigen. Het staat de reservataire erfgenamen inderdaad vrij om te verzaken aan hun vordering tot inkorting, zij het enkel nadat de nalatenschap is opgegevallen. Een anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting is in beginsel niet mogelijk.⁶⁶ Bijgevolg moet de reserve minstens worden beschouwd als van dwingend recht.

⁶² P. DELNOY en P. DE PAGE (eds.), *Libéralités, successions légales, partages et droits de succession*, Luik, Formation permanente CUP, 1999, 77-78.

⁶³ Zie ook P. MOREAU (ed.), *Libéralités et successions*, Luik, Anthemis, 2012, 182, nr. 61.

⁶⁴ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 180; R. BARBAIX en B. VERDICKT, “De ontdekking van de vermorde schenking. Het Hof van Cassatie bevestigt de klassieke opvatting”, *T.Not.* 2011, 455-456.

⁶⁵ R. BARBAIX en B. VERDICKT, “De ontdekking van de vermorde schenking. Het Hof van Cassatie bevestigt de klassieke opvatting”, *T.Not.* 2011, 455-456; R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 180.

⁶⁶ Cass. 20 april 1989, *Pas.* 1989, I, 861; *Arr.Cass.* 1988-89, 961; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 553; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII/2, *Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, 1576-1577, nr. 1413.

3. ARGUMENTEN *PRO* EN *CONTRA* HET OPENBAREORDEKARAKTER VAN DE RESERVE

Dit deel van het werk bestudeert de argumenten die naar voren kunnen worden gebracht om de verschillende stellingen, die in de rechtsleer worden verdedigd, kracht bij te zetten. Aangezien eerder is gebleken dat de derde stelling onmogelijk kan worden gevolgd, beperkt dit deel zich tot de argumenten respectievelijk *pro* en *contra* de stelling dat de reserve van openbare orde is.

3.1. ARGUMENTEN *PRO* HET OPENBAREORDEKARAKTER VAN DE RESERVE

3.1.1. *Steun van (oude) /Cassatie) rechtspraak*

De wetteksten reiken geen argumenten aan om de ene dan wel de andere stelling omtrent het karakter van de reserve kracht bij te zetten. In de hiërarchische verhouding (wetgeving – rechtspraak – rechtsleer) komen we vervolgens uit bij de rechtspraak.

Het Hof van Cassatie heeft meermaals geoordeeld, dat de regeling omtrent het voorbehouden gedeelte van openbare orde is. Zo oordeelde het Hof al vrij ondubbelzinnig, dat “*de bepalingen der wet, die het beschikbaar gedeelte en, bijgevolg, de verhouding van het wettelijk voorbehouden gedeelte aanduiden (art. 913), regelen van openbare orde zijn; en die geen afwijking dulden [...]; dat bijgevolg, wanneer de decuius schenkingen heeft gedaan die [...] het beschikbaar deel overschrijden, die giften tot het bedrag van dit te veel ontvangen gedeelte nietig zijn, en dat, in die maat, de decuius het recht niet had die schenkingen te doen, zoals de begiftigden het recht niet hebben ze te behouden (art. 920)*”.⁶⁷ Of in een ander geval: “*La loi sur la réserve des héritiers est d'ordre public; les lois qui instituent les héritiers réservataires, déterminent leurs droits sur le patrimoine du decuius et aussi, mais par voie de conséquence, ceux des donataires; que ce sont des lois d'ordre public, puisqu'elles ont un caractère impératif, s'inspirent du souci d'une bonne organisation sociale et touchent à l'ordre des familles*”.⁶⁸

Als argument *pro* het openbareordekarakter kan het tellen dat het hoogste gerechtshof van ons land dezelfde mening deelt. Probleem is, dat de geciteerde arresten (minstens) een halve eeuw oud zijn. Het zou niet de eerste keer zijn dat het hoogste gerechtshof terugkomt op zijn (ver)oude(rde) rechtspraak. Het recht is een evolutief begrip dat zich dient aan te passen aan de veranderingen van de maatschappij. Zo kan men zich afvragen of de reserve nog steeds “*s'inspirent du souci d'une bonne organisation sociale et touchent à l'ordre*

⁶⁷ Cass. 30 maart 1944, *Pas.* 1944, I, 281; *Rev.prat.not.* 1944, 314.

⁶⁸ Cass. 8 maart 1934, *BJ* 1934, 259; *JT* 1934, 197; *Rec.gén.enr.not.* 1934, 166; *Rev.prat.not.* 1934, 567.

des familles”. Ook het begrip ‘openbare orde’ varieert naar tijd en plaats.⁶⁹ Het begrip heeft thans een andere invulling dan enkele jaren geleden.⁷⁰ Ook in Frankrijk heeft het Hof van Cassatie meermaals geoordeeld dat de reserve van openbare orde is.⁷¹ Het is echter ook daar al enige tijd geleden dat het Hof zijn stelling nog heeft bevestigd. De vraag rijst of er nog wel een bevestigend arrest van het Franse hoogste gerechtshof zal komen. Met de wet van 23 juni 2006, die de mogelijkheid tot anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting heeft ingevoerd, is de overgrote meerderheid van de rechtsleer immers de mening toegedaan dat het openbareordekarakter van de reserve niet langer kan worden verdedigd.⁷²

Bij het vellen van deze arresten ging het Hof van Cassatie ervan uit, dat de reserve een beschikkingsonbevoegdheid voor de *decurius* met zich meebracht.⁷³ Dat blijkt het duidelijkst uit de formulering van het eerste arrest. Vanuit die optiek sluit een openbareordekwalificatie van de reserve goed aan bij de kenmerken ervan. Een gift waarbij het beschikbaar deel werd overschreden, was volgens het Hof nietig. Thans neemt men echter aan, dat de reserve niet langer een onbeschikbaarheid voor de erflater veroorzaakt.⁷⁴ De erflater kan zowel tijdens als na zijn leven vrij over zijn vermogen beschikken. Men is geëvolueerd naar een functionele invulling van de reservebescherming. Deze functionele benadering van de reserve, later overgenomen door de

⁶⁹ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 41, nr. 72; P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 337; J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken?”, *TBBR* 2004, 304, nr. 12.

⁷⁰ M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 199; P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 337; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, nr. 28.

Zo wordt tegenwoordig bijvoorbeeld concubinaat niet langer als in strijd met de openbare orde gezien, terwijl dat vroeger wel zo was (A. ALOFS, R. BARBAIX, S. BROUWERS, K. THALIA en P. NICOLE (eds.), *Samenlevingsvormen en recht: huwelijk, wettelijk en feitelijk samenwonen*, Antwerpen, Maklu, 2012, 44; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievordering*, Mechelen, Kluwer, 2004, 368).

⁷¹ Cass. fr. civ. 1re 19 maart 1991, *JCP* 1992, II, 21840, noot PH. SALVAGE; *D.* 1992, somm. 229, obs. B. VAREILLE; Cass. fr. civ. 1re 22 februari 1977, *Bull. civ. I*, n° 100; Cass. fr. 10 november 1964, *RTDCiv.* 1965, 384, noot R. SAVATIER.

⁷² S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 238-239; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384; C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 358; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 312.

⁷³ Zie o.a. ook J.-E. LABBE, noot onder Cass. fr. 6 mei 1885, *S.* 1885, 289; F. LAURENT, *Principes de droit civil. Tome IV*, Brussel, Bruylant, 1878, 429, nr. 327.

⁷⁴ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfvereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 478-479, nr. 465; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 1990; J. DU MONGH, “Inbreng en inkorting” in W. PINTENS (ed.), *De vereffening van de nalatenschap*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 134; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 281, nr. 226; H. DU FAUX, “Commentaar bij art. 913 BW” in *Comm. Erf.*, 1988, nr. 2.

(meerderheid van de) Belgische rechtsleer⁷⁵, werd voor het eerste in een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 10 juni 1975⁷⁶ verwoord. Ten gevolge van deze functionele benadering wordt aangenomen, dat enkel lasten, voorwaarden en modaliteiten die in het nadeel van de reservataire erfgenamen werken, kunnen worden aangevochten. Deze functionele benadering gaat ervan uit dat de reserve een beschermingsfunctie heeft.⁷⁷

Bovendien wordt thans niet langer bepleit dat een gift die het beschikbaar deel overschrijdt, nietig is.⁷⁸ De functionele benadering brengt immers ook met zich mee dat de reservataire erfgenamen over een aanvechtingsrecht beschikken, waaraan zij kunnen verzaken.⁷⁹ Na het openvallen van de nalatenschap kunnen

⁷⁵ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 236-238; N. GEELHAND DE MERXEM en A. VERBEKE, “Bewindclausule” in *Notariële clausules. Liber amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 217; J. BAEL, “Planning van nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 1804” in *Familiale vermogensplanning. XXXste Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 415; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 370; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE en W. PINTENS, “Overzicht van rechtspraak. Erfenissen”, *TPR* 1985, 160; M. VAN QUICKENBORNE en R. DEKKERS, “Examiné de jurisprudence. Les successions et les libéralités”, *RCJB* 1975, 143.

⁷⁶ Cass. fr. 10 juni 1975, *JCP* 1975, II, 18141, noot R. SAVATIER; *Rép. Defr.* 1975, 1185, art. 30986, noot G. MORIN.

⁷⁷ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 232-238.

⁷⁸ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 178; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 806, nr. 1328; P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, Bruylant, 2010, 240, nr. 172.

Nochtans kon volgens de Franse rechtspraak de leer van de ongeoorloofde oorzaak of het *fraus omnia corrumpit*-beginsel verklaren dat giften, specifiek gedaan met het oogmerk om inbreuk te plegen op de reserve, in hun geheel werden vernietigd (Cass. fr. 4 februari 1992, *JCP* 1992, 21946, noot P. SALVAGE; Cass. fr. 1990, *Rép. Defr.* 1991, 497, noot G. CHAMPENOIS). Een deel van de Belgische rechtsleer volgde deze redenering (W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 663; J. VERSTRAETE, “Inkorting/In natura” in *Handboek Estate Planning. Algemeen deel 2. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 309; I. SAMOY en V. ALLAERTS, “Dit is geen vermomde schenking!” in *Notariële clausules Liber amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 310-312; J. DU MONGH, “Kan een schenking buiten deel die werd gedaan om de reservataire rechten te fnuiken enkel worden aangevochten met een vordering tot inkorting?” in *Patrimonium* 2006, Antwerpen, Intersentia, 2006, 444). In een arrest van 29 april 2010 heeft het Hof van Cassatie echter terecht geoordeeld, dat dergelijke giften niet vernietigbaar zijn, maar slechts onderworpen aan de vordering tot inkorting (Cass. 29 april 2010, *T.Not.* 2011, 467, noot R. BARBAIX en B. VERDICKT; *RTDF* 2011, 518, noot F. TAINMONT). Het maakt mijns inziens geen verschil of de erflater nu al dan niet de specifieke intentie had om de reserve te omzeilen. De wil van de erflater moet, binnen de wettelijke grenzen, worden gerespecteerd. De vordering tot inkorting zorgt ervoor dat dit gebeurt.

⁷⁹ Nochtans kon volgens de Franse rechtspraak de leer van de ongeoorloofde oorzaak of het *fraus omnia corrumpit*-beginsel verklaren dat giften, specifiek gedaan met het oogmerk om inbreuk te plegen op de reserve, in hun geheel werden vernietigd (Cass. fr. 4 februari 1992, *JCP* 1992, 21946, noot P. SALVAGE; Cass. fr. 1990, *Rép. Defr.* 1991, 497, noot G. CHAMPENOIS). Een deel van de Belgische rechtsleer volgde deze redenering (W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 663; J. VERSTRAETE, “Inkorting/In natura” in *Handboek Estate Planning. Algemeen deel 2. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 309; I. SAMOY en V.

zij in geval van aantasting van hun reserve de vordering tot inkorting instellen. Zien zij af van deze mogelijkheid, dan blijven de beschikkingen van de erflater van kracht.⁸⁰

Een dwingendrechtelijke kwalificatie van de reserve sluit perfect aan bij deze functionele benadering. Enerzijds volgt hieruit, dat de reserve een functie tot bescherming van de (private) belangen van de reservataire erfgenamen heeft. Anderzijds brengt de functionele benadering met zich mee dat de reservataire beschikken over een aanvechtingsrecht waaraan zij, na het openvallen van de nalatenschap, kunnen verzaken.

Men kan zich dan ook afvragen of het Hof van Cassatie, indien deze arresten werden uitgesproken na het voormeld arrest van haar Franse tegenhanger en nadat de meerderheid van de Belgische rechtsleer deze functionele benadering van de reserve had overgenomen, nog tot hetzelfde besluit zou zijn gekomen. Feit is, dat het Hof van Cassatie, nadat de functionele benadering voet aan de grond had gekregen in het Belgische recht, geen arresten (meer) gevelde heeft waarin (uitdrukkelijk) werd gesteld, dat de erfrechtelijke reserve van openbare orde was.

Recenter oordeelde het Hof van Beroep in Gent echter wel nog – zij het zonder motivering – dat de erfrechtelijke reserve van openbare orde was.⁸¹

3.1.2. De reserve belang de maatschappelijke en familiale organisatie aan.

De auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, oordelen dat de reserve de maatschappelijke en familiale organisatie aanbelangt.⁸² In die zin overstijgt de reserve het private belang van de reservataire erfgenamen en heeft zij het algemeen belang voor ogen. Een bepaling van openbare orde is een bepaling ten dienste van het algemeen belang.⁸³

ALLAERTS, “Dit is geen vermomde schenking!” in *Notariële clausules Liber amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 310-312; J. DU MONGH, “Kan een schenking buiten deel die werd gedaan om de reservataire rechten te fnuiken enkel worden aangevochten met een vordering tot inkorting?” in *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 444). In een arrest van 29 april 2010 heeft het Hof van Cassatie echter terecht geoordeeld, dat dergelijke giften niet vernietigbaar zijn, maar slechts onderworpen aan de vordering tot inkorting (Cass. 29 april 2010, *T.Not.* 2011, 467, noot R. BARBAIX en B. VERDICKT; *RTDF* 2011, 518, noot F. TAINMONT). Het maakt mijns inziens geen verschil of de erflater nu al dan niet de specifieke intentie had om de reserve te omzeilen. De wil van de erflater moet, binnen de wettelijke grenzen, worden gerespecteerd. De vordering tot inkorting zorgt ervoor dat dit gebeurt.

⁸⁰ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 175-176; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 281-282, nr. 226; H. DU FAUX, “Commentaar bij art. 913 BW” in *Comm. Erf.*, 1988, nr. 2.

⁸¹ Gent 13 maart 1995, *T.Not.* 1996, 31.

⁸² W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

⁸³ Zie o.a. Cass. 29 november 2007, *RW* 2010-11, 1176; Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, I, 131; Cass. 15 maart 1968, *Pas.* 1968, I, 885; Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699; J. VAN ZUYLEN, “L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WERY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, 94, nr. 5;

De voorstanders van het openbareordekarakter van de reserve vinden steun voor deze opvatting in het hoger aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 8 maart 1934. Daarin stelt het Hof uitdrukkelijk, dat de regels omtrent het voorbehouden deel “*sont des lois d’ordre public, puisqu’elles ont un caractère impératif, s’inspirent du souci d’une bonne organisation sociale et touchent à l’ordre des familles*”.⁸⁴

Ook PLANIOL en RIPERT zagen een beperking van de beschikkingsvrijheid en het recht om te schenken ten voordele van de familie.⁸⁵ De reserve vindt zijn verantwoording in een natuurlijke verbintenis. Wat de reserve van de afstammelingen betreft ervaren de ascendenten een ‘*affection paternelle*’.⁸⁶ PLANIOL en RIPERT zijn van oordeel dat de reserve, naast het feit dat zij de uitdrukking vormt van een morele verplichting, tevens is ingegeven met het oog op het ‘*l’intérêt social*’, het algemeen belang.⁸⁷ Zij verwijzen naar de uiteenzettingen van DE L’HOSPITAL en DE PRÉAMENEU die stellen, dat de reserve met het oog op het verzekeren van het algemeen belang moet zorgen voor het behoud van de families. DE PRÉAMENEU had het immers over een reserve die het verstreken van de familiebanden tot doel moet hebben. Een dergelijke doelstelling sluit volgens hem het best aan bij de noden van elke overheid en biedt de meeste zekerheid voor het algemeen welzijn.⁸⁸ Families staan immers centraal in de maatschappij. De staat heeft een direct en aanzienlijk belang heeft bij de goede organisatie, het voortduren en de stabiliteit van de families.⁸⁹ Bovendien was het volgens DE PRÉAMENEU van belang voor de natie en staat, waarvan de families de opbouwende cellen zijn, dat de familierelaties patrimoniaal gesanctioneerd worden, zodat de stand en het bestaan van de leden van de maatschappij verzekerd worden.⁹⁰ Naar deze ‘*existence civile*’ wordt ook verwezen door DU MONGH als *ratio legis* voor de reserve.⁹¹

G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 10.

⁸⁴ Cass. 8 maart 1934, *BJ* 1934, 259; *JT* 1934, 197; *Rec.gén.enr.not.* 1934, 166; *Rev.prat.not.* 1934, 567.

⁸⁵ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 22.

⁸⁶ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 24.

⁸⁷ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 25.

⁸⁸ Zie J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 196.

⁸⁹ Zie M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 25-26.

⁹⁰ Zie R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 37, nr. 24.

⁹¹ J. DU MONGH, *De erfovergang van aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 473, nr. 320; zie J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 194.

Bovendien had de erfrechtelijke reserve tot doel om komaf te maken met de feodaliteit. De opstellers van het ‘Burgerlijk Wetboek’ van 1804 wensten een einde te stellen aan de economische en politieke macht van vooraanstaande families. Samen met het verbod van erfvoernkomsten, moest de reserve zorgen voor een versnippering van de eigendommen.

Er bestaat momenteel betwisting in de rechtsleer omtrent de *ratio legis* van de reserve. Heeft de huidige reserve wel een alimentatie- of onderhoudsfunctie? Zijn de andere motieven voor haar invoering nog actueel? Meerdere auteurs stellen, dat de reserve louter de private belangen van de reservataire erfgenamen beschermt. Bijgevolg kan de reserve, naar hun mening, ‘slechts’ van dwingend recht zijn.

3.1.3. *De reserve is een pars hereditatis.*

Bij het invoeren van de reserve stonden de opstellers van de *Code Napoléon* voor de keuze: een reserve als *pars hereditatis* of als *pars bonorum*. Men heeft geopteerd voor een reserve als *pars hereditatis*.⁹² De reservataire erfgenamen hebben daarbij recht op een deel van de nalatenschap. Zij beschikken over een zakelijk recht op de nalatenschap.⁹³ In het geval van een *pars bonorum* beschikken zij daarentegen louter over een persoonlijk recht, een schuldvordering lastens de nalatenschap.⁹⁴ De geboden bescherming is uiteraard het grootste bij een *pars hereditatis*. Dat is ook de reden waarom DILLEMANS in zijn proefschrift schrijft dat men heeft geopteerd voor de ‘sterke’ bescherming.⁹⁵

Uit het feit dat men heeft gekozen voor de sterke bescherming die de *pars hereditatis* biedt, zou men een argument kunnen afleiden dat de reserve van openbare orde is. Op die manier krijgen de reservataire een zeer sterk wapen om hun reserve gehonoreerd te zien. Men achtte de reserve zo essentieel, dat zelfs de door derden rechtmatig verworven rechten op de betreffende goederen

⁹² R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 173-174; W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 384; P. DE PAGE en I. DE STEFANI, “La donation et ses impacts successoraux” in A. CULOT en P. DE PAGE (eds.), *Les donations: aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, 166; W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 977, nr. 1900; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1978, 211-212; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1404; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 49.

⁹³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1404.

⁹⁴ S. ARNAUD, “La conséquences de la réduction en valeur”, *La Semaine Juridique - Notariale et Immobilière* 2013, n° 47, 1270 e.v.; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 33.

⁹⁵ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 33.

moeten wijken voor de reservataire erfaanspraken.⁹⁶ Hoewel ook een schuldvordering lastens de nalatenschap had kunnen volstaan⁹⁷, werd toch gekozen voor de ‘sterke’ bescherming.

Op zichzelf kan de keuze voor de reserve als *pars hereditatis* het openbareordekarakter ervan niet verklaren. Dit dient echter samen gelezen te worden met de familiale en maatschappelijk functie die door sommige auteurs aan de reserve wordt toegekend. Meerdere Franse rechtsgeleerden verkla(a)r(d)en de reserve (mede) door te verwijzen naar de ten tijde van het *Ancien Régime* aan de reserve toegekende doelstelling van het behoud van de goederen binnen de familie.⁹⁸ Met een reserve in *natura* wordt deze doelstelling het best gewaarborgd. Door het feit dat geopteerd werd voor de sterke bescherming wordt aannemelijk dat de reserve deel uitmaakt van wetgeving die de wezenlijke belangen van de staat, de gemeenschap of het gewest betreft of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust.⁹⁹

De vraag stelt zich of dit argument *pro* het openbareordekarakter nog lang stand zal houden. Het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 voorziet immers in een (gedeeltelijke) omvorming van de reserve in *natura* naar een reserve in waarde.¹⁰⁰ In de Franse rechtsleer wordt de omvorming naar een reserve in waarde door de wet van 23 juni 2006 gezien als één van de redenen waarom de reserve niet meer van openbare orde, maar nog ‘slechts’ van dwingend recht is.¹⁰¹

3.1.4. Verzaking is slechts mogelijk na he openvallen van de nalatenschap.

De auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, zijn echter van mening, dat zij dat karakter verliest na het openvallen van de nalatenschap.¹⁰² Vanaf dat moment kunnen de reservataire erfgenamen immers verzaken aan hun vordering tot inkorting en berusten in een schending van hun reserve. Deze mogelijkheid staat haaks op de kenmerken van een bepaling van openbare orde die niet vatbaar is voor afstand of bekrachtiging.¹⁰³ Bijgevolg is

⁹⁶ De reserve komt immers ‘vrij en onbelast’ toe aan de reservataire erfgenamen.

⁹⁷ Behoudens insolabiliteit van degene die de overdreven beschikking heeft gekregen.

⁹⁸ A.-M. LEROYER, *Droits des successions*, Parijs, Dalloz, 2014, 10-11; F. TERRÉ en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Dalloz, 1997, 498.

⁹⁹ Cass. 19 maart 2007, *T.Not.* 2009, 47.

¹⁰⁰ Zie artikel 56 Wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

¹⁰¹ A.-M. LEROYER, *Droits des successions*, Parijs, Dalloz, 2014, 393; S. FERRÉ-ANDRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 3.

¹⁰² W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

¹⁰³ Zie Cass. 31 oktober 2008, C.06.0445.N; Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSELMAANS; Cass. 10 maart 1994, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

de reserve, na het openvallen van de nalatenschap, ‘slechts’ van dwingend recht.

In beginsel kunnen de reservataire erfgenamen slechts aan hun vordering tot inkorting verzaken nadat de nalatenschap is opengevallen. Een anticipatieve verzaking maakt een verboden erfovereenkomst uit.¹⁰⁴ Het feit dat het niet mogelijk is vóór het openvallen van de nalatenschap (op algemene wijze) te verzaken aan de vordering tot inkorting, stemt voor wat deze periode betreft overeen met de kenmerken van een bepaling van openbare orde. Nochtans wordt het openbareordekarakter van de reserve ook voor deze periode onder druk gezet aangezien het in bepaalde gevallen toch mogelijk is om anticipatief aan de reserve te verzaken.

Bovendien kan men zich afvragen of het feit dat verzaking na het openvallen van de nalatenschap een optie is, niet juist wijst in de richting van een dwingendrechtelijke kwalificatie van de reserve. Van een bepaling van dwingend recht kan worden afgeweken eens de rechten verworven zijn. Welnu, de rechten zijn verworven op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt. In die zin oordelen ook ROUSSEAU¹⁰⁵ en DELNOY¹⁰⁶.

De opdeling van het karakter van de reserve in de periode vóór en na het openvallen van de nalatenschap kan mijns inziens dan ook niet overtuigen. Men kan moeilijk volhouden dat de reserve in deze eerste periode het algemeen belang voor ogen heeft, terwijl zij na het openvallen van de nalatenschap nog slechts de private belangen dient. Bovendien kan men zich afvragen, wat het nut is van het toekennen van een dwingendrechtelijk karakter aan de reserve enkel voor de periode na het openvallen van de nalatenschap. Immers, onmiddellijk op het ogenblik waarop zij dit dwingendrechtelijk karakter krijgt toegekend zijn de rechten verworven en kan men ervan afwijken door de vordering tot inkorting niet in te stellen. Is het dan niet logischer om de reserve over de hele lijn een dwingendrechtelijk karakter toe te kennen?¹⁰⁷

¹⁰⁴ Cass. 20 april 1989, *Pas.* 1989, I, 861; *Arr.Cass.* 1988-89, 961; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 553; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII/2, *Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, 1576-1577, nr. 1413.

¹⁰⁵ Zie P. MOREAU (ed.), *Libéralités et successions*, Limal, Anthemis, 2012, 181-182, nr. 61.

¹⁰⁶ P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, Bruylant, 2010, 253, nr. 181.

¹⁰⁷ Houdt men de redenering van de auteurs die bepleiten dat de reserve van openbare orde is aan, dan zouden de auteurs die het dwingendrechtelijk karakter bepleiten eveneens een opdeling kunnen maken, waarbij zij stellen de reserve na het openvallen van de nalatenschap van aanvullend recht is. Op dat ogenblik kan men immers afstand doen van de vordering tot inkorting.

3.1.5. Wettelijke uitzonderingen maken de reserve niet van dwingend recht.

Met de wet van 22 april 2003¹⁰⁸ werd een nieuwe uitzondering ingevoerd op het verbod van erfovereenkomsten. Een tweede lid werd aan artikel 1388 BW toegevoegd, de zogenaamde Valkeniersclausule. Bovendien werd zowel artikel 1130, lid 2 als artikel 791 BW aangevuld met de zinsnede: “*tenzij in de gevallen bij de wet bepaald*”. Een aantal auteurs hebben hieruit afgeleid dat erfovereenkomsten sinds de inwerkingtreding van de wet van 22 april 2003 niet langer absoluut nietig zijn, omdat de wetgever met deze wet de uitzonderingen op het verbod van erfovereenkomsten heeft willen veralgemenen.¹⁰⁹ Als (tegen)reactie hierop werd door VAN HALTEREN geargumenteed dat het feit dat een aantal uitzonderingen bestaat op het verbod niet maakt dat het niet langer absoluut, maar nog slechts relatief is. Bovendien worden, aldus VAN HALTEREN, dergelijke uitzonderingen onderworpen aan de voorwaarde dat een uitdrukkelijke wetsbepaling bestaat. VAN HALTEREN besluit dat de wetgever in 2003 enkel de bedoeling had meer duidelijkheid en coherentie te scheppen tussen de bepalingen die een principieel verbod uiteenzetten en de bepalingen die specifieke uitzonderingen op dit verbod voorzien.¹¹⁰

MASSAGER lijkt, in het kader van de erfrechtelijke reserve, eenzelfde opvatting te delen: “*Le droit à la réserve reconnu aux héritiers réservataires est un droit d’ordre public: il n’existe aucun moyen permettant au défunt de priver les héritiers réservataires de leur réserve (sauf exception)*”.¹¹¹ Volgens deze opvatting is het feit dat de reservataire erfgenamen onder bepaalde (wettelijke) voorwaarden, (anticipatief) kunnen verzaken aan de vordering tot inkorting, niet strijdig met de kwalificatie van openbare orde.

In het kader van het verbod van erfovereenkomsten stelde LAURENT: “*S’il était vrai que les pactes successoires fussent d’une immoralité telle, que la loi ne voulût leur reconnaître aucun effet, le législateur ne pourrait admettre aucune exception à la prohibition*”.¹¹² Deze opvatting werd in de recente rechtsleer ook opgepikt door PUELINCKX-COENE.¹¹³ Naarmate er steeds meer uitzonderingen komen op de regel, dringt zich de vraag op of deze regel

¹⁰⁸ Wet van 22 april 2003 tot wijziging van enkele bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in verband met het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *BS* 22 mei 2003.

¹⁰⁹ Zie T. VAN HALTEREN, “Quel avenir pour les pactes sur succession future?” in N. GALLUS (ed.), *Actualités en droit patrimonial de la famille*, Brussel, Bruylant, 2013, 155.

¹¹⁰ T. VAN HALTEREN, “Quel avenir pour les pactes sur succession future?” in N. GALLUS (ed.), *Actualités en droit patrimonial de la famille*, Brussel, Bruylant, 2013, 155.

¹¹¹ N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, Limal, Anthemis, 2012, 163.

¹¹² Opgemerkt moet echter worden dat een erfovereenkomst ook werd gezien als strijdig met de goede zeden; F. LAURENT, *Avant-projet de révision du code civil, IV, articles 1050-1429*, Brussel, Bruylant, 1884, 65.

¹¹³ Zie M. PUELINCKX-COENE, “Hoe verouderd is ons erfrecht?” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHIELSENS en A.-L. VERBEKE, *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 381.

moet worden herzien. Niet alleen het verbod van erfovereenkomsten, maar ook de erfrechtelijke reserve wordt gekenmerkt door een toenemend aantal uitzonderingen. Deze evolutie zet het openbareordekarakter van de desbetreffende rechtsfigu(u)r(en) onder druk.

3.2. ARGUMENTEN CONTRA HET OPENBAREORDEKARAKTER VAN DE RESERVE

Niet iedereen in de rechtsleer is overtuigd door de argumenten *pro* het openbareorde-karakter van de erfrechtelijke reserve. Bij onze zuiderburen is één van de voornaamste argumenten om het openbareordekarakter in twijfel te trekken de zogenaamde ‘RAAR’.¹¹⁴ Het Belgische recht kent een dergelijke algemene anticipatieve verzakingsmogelijkheid (nog) niet, hoewel *de lege lata* ook in het Belgisch recht verschillende mogelijkheden bestaan om anticipatief aan de vordering tot inkorting te verzaken.

Een algemene mogelijkheid tot anticipatieve verzaking is echter geen *conditio sine qua non* om het dwingendrecht karakter van de reserve te bepleiten. Ook in Frankrijk waren sommige auteurs reeds vóór de invoering van de ‘RAAR’ van oordeel, dat het openbareordekarakter van de reserve in vraag kon worden gesteld.¹¹⁵ MALAURIE schreef reeds vóór de inwerkingtreding van wet van 23 juni 2006 dat het openbareordekarakter van de reserve verzwakte en dat de beschikkingsvrijheid van de erflater versterkte ten nadele van de bescherming van de reservataire erfgenamen. Hij haalde meerdere argumenten aan¹¹⁶:

- Het eerste was een verzwakking van het openbareordekarakter van de reserve doordat een grote ruimte werd gelaten voor de wil van de erflater met betrekking tot de inkorting van giften. Normaal wordt de schenking op voorschot van erfdeel aangerekend op het reservataire deel en subsidiair op het beschikbaar deel (arrest *Lacombe*). De erflater beschikt echter over de mogelijkheid om in de schenkingsakte af te wijken van deze regeling.¹¹⁷ Zo kan hij bepalen dat de aanrekening van het overschrijdende gedeelte op de globale reserve dient te gebeuren.¹¹⁸

¹¹⁴ A.-M. LEROYER, *Droits des successions*, Parijs, Dalloz, 2014, 392-393; S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 238-239; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Cours de droit civil. Successions*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2012, 47; C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 358; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 312; J. MAURY, *Succession et libéralités*, Parijs, LexisNexis, 2009, 15-20; C. BRENNER, “Art. 912 à 930-5”, *JurisClasseur Civil Code* 2009, nr. 32-35; M.-C. FORGEARD, R. CRÔNE en B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités, loi du 23 juin 2006 commentaire & formules*, Parijs, Defrénois, 2007, 141-172.

¹¹⁵ P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités, Parijs*, Defrénois, 2010, 309-310; D. GUÉVEL, *Successions, libéralités*, Parijs, Dalloz, 2004, 350-351; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Parijs, Litec, 2001, 336, nr. 338; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Parijs, Litec, 1992, 320-321, nr. 337-338.

¹¹⁶ Zie P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2004, 309-310.

¹¹⁷ Artikel 919-1, 1^e lid Code civil.

¹¹⁸ P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités, Parijs*, Defrénois, 2004, 309-310.

- Vervolgens bood ‘*la donation-partage*’ de schenker nog een grotere vrijheid met betrekking tot de aanrekening van de schenking, de berekening van de reserve en de inkorting.¹¹⁹ Een gelijkaardige regeling in het Belgische recht is de ‘ascendentenverdeling’ (artikel 1075–1080 BW). Krachtens deze wettelijke bepalingen beschikt de ascendent over de mogelijkheid om goederen tussen zijn afstammelingen te verkavelen en verdelen.¹²⁰ Deze ascendentenverdeling komt overeen met de oude versie van de *donation-partage* zoals deze tot 1 januari 2007 in het Franse recht bestond.¹²¹ De eerste en tweede zin van artikel 1075 C.c. vindt men ook terug in artikel 1075 en 1076 van het Belgische BW.

Het personele toepassingsgebied van de *donation-partage* was beperkt. Enkel ascendenten konden overgaan tot een *donation-partage* ten aanzien van hun afstammelingen. Eenzelfde personeel toepassingsgebied geldt voor de Belgische ascendentenverdeling. Wat de waardering van de schenking betreft bepaalde artikel 1078 C.c., in afwijking van de normale regel¹²² dat de schenkingen voor wat betreft de berekening van en de aanrekening op de reserve worden gewaardeerd naar de waarde op het ogenblik van de *donation-partage*.¹²³ Een andere uitzondering die de *donation-partage* met zich brengt heeft betrekking op de aantasting van de reserve: normaal treft de inbreuk de globale reserve van alle reservataire erfgenamen. In het geval van *donation-partage* daarentegen dient per reservataire erfgenaam individueel te worden nagegaan of er een inbreuk is gepleegd op zijn reserve. Slechts de reservataire erfgenaam die onvoldoende toebedeeld kreeg via de *donation-partage*, kan de vordering tot inkorting instellen.¹²⁴ Met de ascendentenverdeling kan geen afbreuk worden gedaan aan (de kwantiteit van) de reserve.¹²⁵ De ascendent kan

¹¹⁹ Zie in het huidige recht ook M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 1147.

¹²⁰ Deze ascendentenverdeling vormt een uitzondering op de gerechtelijke verdeling die onder meer tracht te zorgen voor kavels met gelijke hoeveelheid roerende en onroerende goederen, rechten en schuldvordering van gelijke aard en gelijke waarde: zie artikel 832 Burgerlijk Wetboek; H. DEKKERS, *Précis de droit civil belge, Tome III*, Brussel, Bruylant, 1955, 876.

¹²¹ Het eerste en tweede lid van de oude (tot 1 januari 2007) versie van artikel 1075 C.c. bepaalde: “*les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et des testaments dans le second, sous réserve de l'application des dispositions qui suivent*”.

¹²² *i.e.* waarde op het ogenblik van het opvallen van de nalatenschap, behoudens andersluidende overeenkomst en mits de in het artikel gestelde voorwaarden zijn voldaan.

¹²³ Op die manier worden mogelijke waardeschommelingen tussen het tijdstip van de *donation-partage* en het tijdstip van het opvallen van de nalatenschap, opgevangen (zie M.-C. FORGEARD en N. LEVILLAIN, *Liquidation des successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 232-233).

¹²⁴ Artikel 1077-1 C.c. bepaalde: “*Le descendant qui n'a pas concouru à la donation-partage, ou qui a reçu un lot inférieur à sa part de réserve, peut exercer l'action en réduction, s'il n'existe pas à l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour composer ou compléter sa réserve, compte tenu des libéralités dont il a pu bénéficier*”; zie ook M.-C. FORGEARD en N. LEVILLAIN, *Liquidation des successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 232.

¹²⁵ Zie artikel 1079 Burgerlijk Wetboek.

uiteraard wel een inbreuk plegen op de kwaliteit van de reserve (niet op de kwalitatieve reserve), in die zin dat hij de minst ‘waardevolle’ goederen of de goederen die het meest onderhevig zijn aan waardevermindering en die het laagste rendement zullen opleveren deel kan laten uitmaken van de reserve van zijn afstammelingen.

- De schenker kon bovendien bepalen welke goederen deel zullen uitmaken van de reserve, op voorwaarde dat hij geen afbreuk doet aan het recht van de reservataire erfgenaam op zijn wettelijke reserve. Met andere woorden hij moet ervoor zorgen dat de reservataire erfgenaam voldoende goederen heeft om zijn reserve op te vullen. Welke goederen dat zijn, staat ter vrije keuze van de erflater. Ook naar Belgisch recht wordt aanvaard, dat de erflater zijn beschikbaar deel vrij kan samenstellen.¹²⁶ Op die manier kan hij invloed uitoefenen op de samenstelling van de reserve.¹²⁷ Zolang in de nalatenschap voldoende goederen overblijven om de reserve te voldoen, kunnen de reservataire erfgenamen hun vordering tot inkorting niet instellen.¹²⁸ Zo kan de erflater ervoor opteren om de minst ‘waardevolle’ goederen of de goederen die het meest onderhevig zijn aan waardevermindering en die het laagste rendement zullen opleveren, deel te laten uitmaken van de reserve. Bovendien aanvaarden de rechtspraak en de rechtsleer, dat de erflater de keuze om het beschikbaar deel samen te stellen mag overdragen aan de legataris.¹²⁹

- Een vierde argument was het feit dat, de reservataire erfgenamen, overeenkomstig artikel 930, lid 2 C.c., vóór het overlijden van de erflater konden verzaken aan de vordering tot inkorting in *natura* ten aanzien van de derde-verkrijger van het goed, indien de begunstigde het geschonken goed had vervreemd. Deze bepaling is inmiddels opgeheven. Thans biedt artikel 924-4, tweede lid C.c. de mogelijkheid aan de reservataire erfgenamen om vóór het overlijden van de erflater te verzaken aan de vordering tot inkorting tegen de derde-verkrijger door toe te stemmen in de vervreemding van het goed door de erflater.¹³⁰ Eenzelfde mogelijkheid tot verzaking aan de vordering tot inkorting (in *natura*) kent het huidige Belgische recht niet. Teneinde de feitelijke

¹²⁶ Deze vrijheid is een gevolg van de berekening van de reserve. Om na te gaan of die geschonden is, wordt de waarde van de goederen berekend. Op ieder goed in de nalatenschap wordt een waarde gekleefd.

¹²⁷ R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 332-333; A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, Tome III*, Parijs, Librairie Dalloz, 1936, 766.

¹²⁸ Een uitzondering geldt evenwel voor de concrete reserve van de langstlevende echtgeno(o)t(e).

¹²⁹ Cass. 10 november 1955, *RCJB* 1957, 37, noot P. VAN OMMESLAGHE; Brussel 25 januari 1972, *Rev.not.b.* 1972, 434; Bergen 16 december 1910, *Pas.* 1911, III, 142; Luik 14 maart 1846, *Pas* 1846, II, 180; Rb. Gent 27 maart 1963, *T.Not.* 1964, 11; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1947, nr. 1505; A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, Tome III*, Parijs, Librairie Dalloz, 1936, 766; F. LAURENT, *Principes de droit civil. Tome XII, Donations et testaments*, Brussel, Bruylant, 1874, 195-197, nr. 148; R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 335-336.

¹³⁰ Dit artikel spreekt enkel over de hypothese dat alle reservataire erfgenamen instemmen met de vervreemding van het goed. Of een reservataire erfgenaam ook individueel kan verzaken, wordt niet verduidelijkt.

onbeschikbaarheid van de geschonken goederen, die in *natura* zouden kunnen worden ingekort, te beëindigen voorziet het nieuwe wetsvoorstel ook hier een oplossing. Het voorgestelde artikel lijkt bijna een exacte kopie van het oude artikel 930, lid 2 C.c.¹³¹

- Ten vijfde kan slechts de reservataire erfgenaam, wiens reserve werd geschonden, de vordering tot inkorting instellen.¹³² Ook naar Belgisch recht staat de vordering tot inkorting enkel open voor erfgenamen aan wie de wet een voorbehouden deel toekent.¹³³ Eenzelfde argument werd eerder ook al door GRIMALDI opgeworpen. Hij stelt dat: “*l’Ordre public réservataire est devenu un ordre public de protection*”.¹³⁴ Deze ‘*ordre public de protection*’ komt overeen met wat men in het Belgische recht ‘dwingend recht’ noemt.¹³⁵ Deze regel heeft ook tot gevolg, dat de reservataire erfgenaam na het opvallen van de nalatenschap kan verzaken aan zijn reserve.¹³⁶ De beperking van de mogelijkheid om een schending van de reserve in te roepen tot enkel de reservataire erfgenaam wiens reserve werd geschonden, strookt niet met een kwalificatie van openbare orde.¹³⁷ Daarenboven is een bepaling van openbare orde in beginsel niet vatbaar voor afstand. Bovendien verwijst de uitspraak van GRIMALDI naar het feit dat een bepaling van openbare orde het algemeen belang dient, terwijl een bepaling van dwingend recht de private belangen wil beschermen.

- Een zesde (en voorlopig laatste) argument dat aantoonde dat het openbareordekarakter van de reserve onder druk staat, is het feit dat de erflater de mogelijkheid heeft om legaten met een keuzerecht te maken.¹³⁸ Het is de testator toegestaan om vrij het beschikbaar deel samen te stellen en zelfs om

¹³¹ De Franstalige versie van het voorgestelde, Belgische artikel 930, lid 2 BW luidt: “*Si le donateur, ainsi que tous les autres héritiers réservataires nés et vivants au moment de celle-ci, ont consenti à l’aliénation, l’action ne pourra plus être exercée contre les tiers détenteurs*”.

¹³² Cass. fr. civ. 1re 10 juni 1975, *Hopp*, Bull. civ. I, n° 193; *JCP* 1975.II.18141, noot R. SAVATIER; Defrénois 1975, art. 30986, noot G. MORIN.

¹³³ Zie artikel 921 Burgerlijk Wetboek. Deze bepaling verwoordt het persoonlijke karakter van het betwistingrecht van de reservataire erfgenamen.

¹³⁴ M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Parijs, Litec, 2001, 336, nr. 338.

¹³⁵ J. VAN ZUYLEN, “Les rapports entre la loi (imperative, supplétive) et l’autonomie de la volonté” in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées – Volume 2 – normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2013, 854-855, nr. 7; F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2724-2725, nr. 23.

¹³⁶ D. GUÉVEL, *Successions, libéralités*, Parijs, Dalloz, 2004, 350.

¹³⁷ Iedere belanghebbende zou namelijk een schending van een bepaling van openbare orde kunnen inroepen: zie P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1 – Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 319, nr. 327; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 109-110, nr. 211-212; M. DUPONT, “Nullité absolue et nullité relative” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 60, nr. 20.

Zie ook in Frankrijk: G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, XIV, Des obligations*, III, Parijs, Larose & Tenin, 1908, 274, nr. 1932; H. CAPITANT, *Introduction à l’étude de droit civil – notions générales*, Parijs, Pedone, 1898, 258-259.

¹³⁸ Zie Req. 29 juillet 1890, *DP* 91.I.28.

deze keuzemogelijkheid te laten aan de begiftigde. Bovendien kan de testator het reservatair gedeelte vrij samenstellen én deze mogelijkheid delegeren aan de begiftigde reservataire erfgenaam. Hoger werd al uiteengezet, dat deze opvatting ook wordt verdedigd in het Belgische recht.

De door de Franse rechtsleer uiteengezette argumenten kunnen ook dienen om in België het openbareordekarakter van reserve in vraag te stellen, in zoverre er in het Belgische recht vergelijkbare rechtsfiguren en mogelijkheden bestaan. Uit de voornoemde paragraaf blijkt dat voor de meeste argumenten het geval te zijn. Nochtans staat of valt de stelling dat de reserve van dwingend recht is niet met de al dan niet transposeerbaarheid van deze ‘Franse’ argumenten. Er bestaan immers nog andere argumenten die in de richting van een dwingendrechtelijke kwalificatie van de reserve wijzen.

3.2.1. De discussie omtrent het (karakter van) het verbod van erfovereenkomsten als bron van inspiratie?

Het Belgische recht bevat (vooralsnog)¹³⁹ een principieel verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen. Ook Frankrijk¹⁴⁰ kent een verbod van erfovereenkomsten.¹⁴¹

Bij de studie van het karakter van de reserve kan het interessant zijn om vergelijkbare discussies omtrent het openbareordekarakter van andere rechtsthema's te betrekken. Zo bepleit BAEL reeds enige tijd, dat het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen niet langer van openbare orde is. Hij stelt vast dat in het verleden het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten zonder twijfel vaststond. BAEL stelt zich echter de vraag of dit verbod thans nog van openbare orde moet worden geacht. In eerste instantie onderzoekt BAEL in welke mate de motieven voor de invoering van het verbod nog actueel zijn. Vervolgens stelt hij vast, dat het grote aantal uitzonderingen op het verbod het openbareordekarakter ervan onder druk zetten. Een derde argument is dat van de rechtsvergelijking. In vierde instantie besteedt BAEL aandacht aan de opvatting van de burger. Tot slot gaat hij in op de opvatting in de rechtsleer en de notariële praktijk. Op basis van dat alles besluit BAEL, dat de strijdigheid met de openbare orde niet

¹³⁹ Het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 zal ook op dit vlak wijzigingen aanbrengen.

¹⁴⁰ Zie artikel 1130, lid 2 Code civil.

¹⁴¹ In beide landen heeft de wetgever niet uitdrukkelijk bepaald wat onder een ‘erfovereenkomst’ moet worden verstaan. Het werd aan de rechtspraak overgelaten om te zorgen voor een definitie. De definitie door het Belgische Hof van Cassatie en door zijn Franse tegenhanger lopen niet volledig gelijk. De Belgische definitie luidt: “*elk beding waardoor louter eventuele rechten op een niet-opengevallen nalatenschap of een bestanddeel ervan worden toegekend, gewijzigd of afgestaan*” (Zie o.m. Cass. 9 maart 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 783; Cass. 11 april 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 996; Antwerpen 2 oktober 1984, *T.Not.* 1985, 113; Rb. Brussel 12 november 1990, *TBBR* 1991, 399). Het Franse Hof hanteert meerdere definities, maar de meest voorkomende is: “*toute stipulation ayant pour objet d’attribuer un droit privatif sur tout ou partie d’une succession non ouverte*” (zie Cass. fr. 22 november 1949, *JCP* 1950, II, nr. 5322, noot E.BECQUÉ).

langer kan worden verdedigd. Uiteraard dienen de gevolgen van deze vaststelling nog uiteengezet.¹⁴²

Hoewel de erfovereenkomst en de reserve twee verschillende (rechts)concepten zijn, kan de techniek van BAEL mijns inziens tevens gehanteerd worden om na te gaan of de reserve (nog steeds) van openbare orde is. Uiteraard kunnen deze argumenten niet zonder meer worden gekopieerd naar de discussie omtrent het karakter van de reserve. Toch blijkt, dat meerdere argumenten ter ontkrachting van het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten ook druk zetten op het openbareordekarakter van de reserve. Bovendien komen ook enkele motieven voor de invoering van het betreffende verbod en voor de invoering van de reserve overeen. Zo hadden de opstellers van de *Code Napoléon* de versnippering van het vermogen voor ogen, een doelstelling die diende verwezenlijkt door de combinatie van het verbod van erfovereenkomsten en de reserve.¹⁴³ Ook het waarborgen van gelijkheid tussen de erfgenamen hadden beide gemeenschappelijk als doelstelling.¹⁴⁴ Een derde gelijklopend motief had betrekking op de vrees voor benadeling.¹⁴⁵

Uit het voorgaande blijkt dat heel wat gelijkenissen kunnen worden getrokken tussen (de evolutie van) het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten en dat van de reserve. Het is mijns inziens dan ook gepast om de discussie omtrent het openbareorde-karakter van het verbod van erfovereenkomsten nader te onderzoeken ter ondersteuning van het onderzoek naar het karakter van de reserve. De argumenten die hieronder worden uiteengezet zijn dan ook ten dele geïnspireerd op de argumenten die BAEL heeft aangehaald ter ondersteuning van zijn pleidooi.

3.2.2. De maatschappelijke evolutie: van een maatschappelijk naar een privaat belang?

Men kan zich de vraag stellen of de reserve (als van openbare orde) nog wel is aangepast aan de huidige samenleving. De reserve kende een hele evolutie. Die begon bij de Romeinse *legitima*. Daarnaast heeft ook de Franse Revolutie

¹⁴² J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 883-901.

¹⁴³ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 862.

¹⁴⁴ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 865.

¹⁴⁵ Zie Verslag over het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in verband met het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1157/5, 17; C. CASTELEIN, "Het verbod op erfovereenkomsten" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (ed.), *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 200-201, nr. 16; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IX. *Les successions*, Brussel, Bruylant, 1974, 412, nr. 552; L. BARETTE, "Les pactes sur succession future", *Rec.gén.enr.not.* 1962, 298, nr. 3.

aanzienlijke invloed uitgeoefend op de reserve. De reserve kende bijgevolg haar oorsprong in een samenleving met een andere sociale en familiale verhouding.¹⁴⁶ De vraag rijst dan ook of het openbareordekarakter van de reserve in de huidige samenleving nog kan worden verantwoord. ‘Openbare orde’ is een evolutief begrip.¹⁴⁷ Het openbareordekarakter dient dan ook te worden beoordeeld met inachtneming van de evolutie van de maatschappij.

Onze reserve is aan het napoleontische wetboek ontleend. Daarom is het mijns inziens relevant na te gaan of de reserve nog steeds te verantwoorden is op basis van de overwegingen die tot haar invoering in de *Code Napoléon* hebben geleid.

a. van de ‘reserve’ van het ancien régime tot de revolutionaire ‘reserve’...

Ten tijde van het *Ancien Régime* was de ‘reserve’ sterk gelinkt aan het feodalisme. Zij bood een collectieve bescherming die de bestemming van bepaalde goederen regelde. De ‘reserve’ was onlosmakelijk verbonden met de sociaal-economische en politieke organisatie.¹⁴⁸ De ‘reserve’ ten tijde van het *Ancien Régime* kan dan ook worden gezien als van openbare orde.

De Franse Revolutie maakte definitief een einde aan een dergelijk georganiseerde ‘reserve’. De ‘reserve’ werd niet langer verbonden aan de organisatie van de maatschappij maar veeleer aangevoeld als een morele plicht. Zij maakte deel uit van het natuurrecht.¹⁴⁹

Absolute gelijkheid en individualisme waren de kern van de Franse Revolutie. Deze (absolute) gelijkheid diende doorgetrokken naar het erfrecht in een reactie tegen het *Ancien Régime*.

Iedere schenking, contractuele erfstelling en andere uiterste wilsbeschikking in de rechte lijn die na 14 juli 1789 werd gerealiseerd, werd verboden en was bijgevolg nietig. Bovendien stond de mogelijkheid voor de erfflater niet open om het beschikbaar deel aan te wenden teneinde een ongelijkheid tussen de afstammelingen of de bloedverwanten in de zijlijn te creëren.¹⁵⁰ Deze

¹⁴⁶ J. VAN HOUTTE, G. FRANSSSEN en W.V. WAMBEKE, “De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 40.

¹⁴⁷ M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 199; P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 337; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, nr. 28.

¹⁴⁸ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 39.

¹⁴⁹ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 39.

¹⁵⁰ Zie Decreet van 7-11 maart 1793 qui abolit la faculté de tester en ligne directe; zie J.B. SIREY, *Lois civiles ou code civil intermédiaire*, 2^e editie, Parijs, 1810, 346; A. HEYVAERT, *Personen en gezinsrecht ont(k)leed: theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Mechelen, Kluwer, 2002, 415; A. HEYVAERT, “Wat de beweging in het personen- en familierecht van en na de Franse revolutionaire periode ons leert” in E. ALOFS, K.

beperking van de beschikkingsvrijheid was mede ingegeven door het feit dat de revolutionaire wetgever een versnippering van het patrimonium voor ogen had. Aan onbeperkt grote vermogens moest een einde worden gesteld en men wilde vermijden dat deze werden gereconstrueerd door gebruik te maken van de beschikkingsvrijheid.¹⁵¹ De ‘reservataire’ bescherming was bijgevolg groot. Er bestond immers geen beschikbaar deel.

Hierin kwam (een lichte) verandering door de wet van 17 nivôse jaar II. In (zeer) beperkte mate had de erfflater weer een beschikkingsvrijheid.¹⁵² Het beschikbaar deel kon hij enkel ten voordele van vreemden aanwenden¹⁵³ en de hoegrootheid was afhankelijk van het feit welke erfgenamen van de overledene tot de nalatenschap kwamen.¹⁵⁴

Het doel van de reserve was niet langer goederen binnen de familie houden zoals ten tijde van de *réserve coutumière*.¹⁵⁵ Vermogensversnippering stond centraal.¹⁵⁶ Vermogens-concentraties waren immers onverzoenbaar met de revolutionaire ideeënstroom, waarin men zich wilde afzetten van het *Ancien Régime*.¹⁵⁷ De reserve, die een verplichte gelijke verdeling inhield van de goederen uit de nalatenschap, werd gezien als geschikt middel ter voorkoming hiervan.¹⁵⁸

BYTTEBIER, A. MICHIELESENS en A.-L. VERBEKE (eds.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 267..

¹⁵¹ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 23; A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, Tome III*, Parijs, Librairie Dalloz, 1936, 755-756.

¹⁵² H. WILLEKENS, “Krachtlijnen van een geschiedenis van het erfrecht” in H. WILLEKENS (ed.), *Contestatie van ons erfrecht*, Gent, Mys en Breesch, 2001, 47.

¹⁵³ Opdat de gelijkheid tussen de (wettelijke) erfgenamen niet werd verbroken kon de erfflater niet over zijn beschikbaar deel beschikken ten gunste van een erfgenaam die al bij wet was aangeduid als erfgerechtigde.

¹⁵⁴ Artikel 11 van het decreet van 5 brumaire, jaar II van 26 oktober 1793 bepaalde: “*Les dispositions [...] ne font obstacle, pour l’avenir, à la faculté de disposer du dixième de son bien, si l’on a des héritiers en ligne directe, ou dus sixième, si l’on n’a que des héritiers collatéraux, au profit d’autres que les personnes appelées par la loi au partage des successions*”.

¹⁵⁵ Zie H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1947, nr. 1401B.

¹⁵⁶ H. WILLEKENS, “Krachtlijnen van een geschiedenis van het erfrecht” in H. WILLEKENS (ed.), *Contestatie van ons erfrecht*, Gent, Mys en Breesch, 2001, 48.

¹⁵⁷ Vermogensconcentraties zorgden immers voor een dubbel risico. Enerzijds de vrees dat bepaalde individuen teveel macht zouden krijgen. Anderzijds vreesde men dat op die manier een bijkomende macht zou worden gevormd naast de staat. In het ergste geval zou deze bijkomende macht zich vijandig kunnen plaatsen tegenover de staat (H. WILLEKENS, “Krachtlijnen van een geschiedenis van het erfrecht” in H. WILLEKENS (ed.), *Contestatie van ons erfrecht*, Gent, Mys en Breesch, 2001, 48).

¹⁵⁸ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfvereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 481-482; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 38-39.

Bovendien moest de reserve de familiale cohesie verstevigen.¹⁵⁹ De reserve moest dienen als bindmiddel voor de familiebanden. Uitgangspunt was dat de familie van de erflater aanspraak moest kunnen maken op een dwingende bescherming, gelet op hun nauwe verwantschap met de *decuius*.

Met betrekking tot de revolutionaire periode kan niet anders dan worden vastgesteld, dat de reserve de essentiële belangen van de samenleving diende.¹⁶⁰ De reserve werd aangewend om zich af te zetten tegen het feodale tijdperk met als doel te komen tot een vernieuwde maatschappij.

b. ... tot de napoleontische reserve

Het was wachten op de Wet van 4 germinal VIII tot verandering kwam in de verregaande beperkingen van de testeervrijheid.¹⁶¹ Enerzijds werd het beschikbaar deel uitgebreid¹⁶², anderzijds werd aanvaard, dat dit beschikbaar deel ook kon toekomen aan (wettelijke) erfgenamen¹⁶³.

Een voorbehouden gedeelte impliceert een beperking van de beschikkingsvrijheid van de erflater. DE PRÉAMENEU verklaarde deze beperking door te verwijzen naar de plichten van het vaderschap ten opzichte van de afstammelingen én de maatschappij.¹⁶⁴ In die zin kan de reserve van die tijd worden beschouwd als van openbare orde. Zij dient volgens DE PRÉAMENEU als waarborg voor het vervullen van een maatschappelijke plicht. In die zin beperkt zij zich niet tot het private belang van de reservataire erfgenamen. Zij dient het algemeen belang.

¹⁵⁹ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 33.

¹⁶⁰ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699; Cass. 19 maart 2007, *T.Not.* 2009, 47; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I, Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1939, nr. 91.

¹⁶¹ M. LEPEC, *Recueil général des lois, décrets, ordonnances, etc.*, Parijs, Administration du Journal des notaires, 1839, 485-486; A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, Tome III*, Parijs, Librairie Dalloz, 1936, 757..

¹⁶² Wat het beschikbaar deel betreft, bepaalde artikel 1 van de wet van 4 germinal jaar VIII van 25 maart 1800 dat "*Toutes libéralités [...] seront valables lorsqu'elles n'excéderont pas le quart des biens du disposant, s'il laisse, à son décès, moins de quatre enfans; le cinquième, s'il laisse quatre enfans; le sixième, s'il en laisse cinq; et ainsi suite, en comptant toujours, pour déterminer la portion disponible, le nombre des enfans, plus un*". Op die manier werd de testeervrijheid verruimd. Afhankelijk van het aantal afstammelingen werd het beschikbaar deel kleiner, beginnend bij één vierde, indien de erflater minder dan drie kinderen achter liet. Dat was een aanzienlijke verruiming ten opzicht van voorheen toen het beschikbaar gedeelte slechts één tiende bedroeg indien de *decuius* afstammelingen achter liet.

¹⁶³ Artikel 5 van de wet van 4 germinal jaar VIII van 25 maart 1800 zorgde voor een nog ingrijpendere wijziging ten voordele van de beschikkingsvrijheid van de erflater. Deze bepaling maakte het mogelijk schenkingen onder de levenden of legaten te realiseren ten voordele van afstammelingen of (wettelijke) erfgenamen zonder dat deze laatsten tot inbreng verplicht zijn. R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 27.

¹⁶⁴ Zie P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, deel 12, Parijs, 1836, 245.

De reserve van de *Code Napoléon* had naar mening van de opstellers ervan vooral een onderhoudsfunctie¹⁶⁵. Zij diende ervoor te zorgen, dat de reservataire erfgenamen hun plaats en stand in de maatschappij konden behouden na het overlijden van de *decius*.¹⁶⁶ DE PRÉAMENEU spreekt van “*l’existence civile*”.¹⁶⁷

Het behoud van de goederen in de familie was niet langer een doelstelling van de reserve, zoals zij dat ook al niet meer was in de revolutionaire periode¹⁶⁸: “*Mais si ce moyen ne peut plus subsister, ce ne doit pas être un motif pour perdre de vue cette idée morale et politique qui tend à maintenir, dans les familles, des rapports ayant sur l’ordre social une aussi grande influence. Et c’est surtout dans un temps où les parens sont obligés, par des causes beaucoup plus nombreuses qu’autrefois, de vivre loin les uns des autres, qu’il faut employer des moyes de rapprochement*”.¹⁶⁹ DE PRÉAMENEU bepleit een reserve die het versterken van de familiebanden tot doel moet hebben. Een dergelijke doelstelling sluit volgens hem het best aan bij de noden van elke overheid en biedt de meeste zekerheid voor het algemene welzijn.¹⁷⁰

Een volgende aanwijzing die aantoont, dat de reserve niet louter privébelangen tot doel had, maar ruimer het algemeen belang, ‘*le bonheur public*’. Een duidelijke verwijzing naar het openbareordekarakter van de reserve. De reserve als middel om de familiebanden te verstevigen werd gezien als onmisbaar voor de politieke en sociale orde.¹⁷¹

De opstellers van de *Code Napoléon* hebben zich laten inspireren door de *legitima* en de *légitime coutumière* uit Parijs.¹⁷² De Romeinse *legitima* vond

¹⁶⁵ Zij het dat de reservataire erfgenamen deze konden/kunnen opeisen ongeacht of zij behoeftig zijn en ongeacht of zij deze goederen nodig hebben ter waarborging van hun bestaanszekerheid.

¹⁶⁶ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 32; zie ook J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 232-233.

¹⁶⁷ Zie J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 194.

¹⁶⁸ L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1988, 212; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 33.

¹⁶⁹ J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 197.

¹⁷⁰ Zie J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 196.

¹⁷¹ Zie J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 196-198 en 232; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 33.

Deze doelstelling mag echter niet de enige zijn: “*D’un autre côté, ces vues d’ordre public et d’organisation des familles, doivent se concilier avec le droit de propriété, qui donne à chacun la libre disposition de ses biens*”. Hieruit besluit de PRÉAMENEU: “*s’Il est, à cet égard, un sacrifice à faire au maintien et à l’harmonie de la famille, il ne doit être exigé que pour ceux qui la constituent le plus intimement*”.¹⁷¹ Om die reden wordt de reserve uiteindelijk niet toegekend in de zijlijn.

¹⁷² R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 38-39; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Opvallen en toewijzing van de nalatenschap*,

haar grondslag in de ‘*officium pietatis*’, het morele recht van de naaste bloedverwanten om niet onterfd aan hun lot te worden overgelaten.¹⁷³ Door middel van de reserve wordt tussen bepaalde familieleden een solidariteit tot stand gebracht op familiaal patrimoniaal vlak.¹⁷⁴ Anders dan de napoleontische reserve was de Romeinse *legitima* een *pars bonorum*.¹⁷⁵ Van de *légitime coutumière* hebben de opstellers van de *Code Napoléon* overgenomen dat de reserve een *pars hereditatis* is.¹⁷⁶

c. De huidige reserve

DILLEMANS verklaart in zijn proefschrift dat de combinatie tussen de *officium pietatis* als grondslag voor de reserve en de onderhoudsfunctie die de napoleontische reserve kenmerkt, normalerwijze moet leiden tot een reserve die zich richt op de individuele bescherming van de reservataire erfgenamen.¹⁷⁷ Dat daarmee tevens een sociaal goed wordt gediend ontkent DILLEMANS geenszins: “*maar dan in die zin dat het van belang is voor de natie en de staat, waarvan de families de opbouwende cellen zijn, dat de familierelaties patrimoniaal gesanctioneerd worden zodat de stand en het bestaan van de leden in de maatschappij verzekerd worden. Wat nochans rechtstreeks beoogd wordt, is de individuele bescherming van de reservegerechtigde*”. Hij ontkent niet dat ook de familie een belangrijke rol speelt, maar oordeelt dat: “*de aandacht verlegd werd van de familie als cel van de feodale maatschappij, als een geheel dat moest in stand gehouden worden, naar de familie als de groep van de rechtstreekse verwanten van de de cuius, die op een bijzondere bescherming kunnen aanspraak maken*”.¹⁷⁸ Het

erfovereenkomsten, reserve en inbreng in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 481; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1988, 200.

¹⁷³ F. STEVENS, “De reserve in historisch perspectief” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 6; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1988, 197; A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, Tome III*, Parijs, Librairie Dalloz, 1936, 753; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 23.

¹⁷⁴ PH. DE PAGE en E. DE WILDE D’ESTEMAEL, “Réflexions pratiques sur les réserves” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 177.

¹⁷⁵ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 480.

¹⁷⁶ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 481; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1988, 200.

¹⁷⁷ DILLEMANS stelt: “*men heeft de reserve niet zozeer gewild als een maatregel om de goederen te bewaren in de familie in haar geheel, maar wel als een verzekering, een voorrecht voor bepaalde efgenamen steunend op hun erfgenaamschap en eveneens op hun individuele graad van relatie met de de cuius*”.

¹⁷⁸ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 37-39.

rechtstreekse doel van de reserve was de individuele bescherming van de reservataire erfgenaam.¹⁷⁹

Het feit dat de reserve (tevens) een familiaal belang vertoont, maakt haar nog niet tot een instelling van openbare orde. Ook in de Franse rechtsleer, waar na de wetswijziging in 2006 de (*quasi*) unanieme mening overheerst, dat de reserve niet langer van openbare orde is, erkent men nog wel degelijk dat zij een familiale functie vervult. Deze familiale functie moet ervoor zorgen dat de naaste familieleden niet helemaal worden ontfermd ten voordele van vreemden, een soort van *officium pietatis*.¹⁸⁰ Ook onze zuiderburen zien in, dat de reserve niet meer (enkel) valt te verklaren door te verwijzen naar familiale solidariteit of het behoud van goederen binnen de familie.¹⁸¹

Wat de politieke motieven van de reserve betreft, moet niet meer worden gevreesd voor een terugkeer naar de feodaliteit. De reserve is niet langer verbonden aan de feodale maatschappij.¹⁸² De Franse Revolutie heeft definitief komaf gemaakt met een dergelijke aan de vormgeving van de maatschappij verbonden reserve. Haar grondslag vindt ze daarentegen in het natuurrecht.¹⁸³ Waar de wetgever ten tijde van de Franse Revolutie de versnippering van het familievermogen ten doel had, tracht hij nu het tegenovergestelde te realiseren.¹⁸⁴

De reserve is er niet langer op gericht goederen binnen de familie te houden. Integendeel, zij beoogt bepaalde (nauwe) verwanten van de *decuius* te

¹⁷⁹ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 37-39.

¹⁸⁰ S. GAUDEMET, Y. LEQUETTE en F. TERRÉ, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Dalloz, 2014, 618-619.

¹⁸¹ A.-M. LEROYER, *Droits des successions*, Parijs, Dalloz, 2014, 393.

¹⁸² R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 39.

¹⁸³ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 39.

¹⁸⁴ Dat blijkt ook uit artikel 832 BW dat bepaalt dat bij het vormen en samenstellen van de kavels, het verbrokkelen van erven en splitsen van bedrijven zoveel mogelijk moet worden vermeden. Dit gaat een versnippering van het familievermogen tegen. Waar ten tijde van het opstellen van de *Code Napoléon* de noden van het familiebedrijf achtergesteld werden ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel, maakt de wetgever thans de omgekeerde beweging. Bovendien heeft de wetgever met dezelfde doelstelling in het achterhoofd ten voordele van familiale ondernemingen en vennootschappen een nultarief ingevoerd in het kader van het Vlaamse W.Succ (zie oud artikel 60bis Vlaams Wetboek Successierechten). Voor schenkingen van ondernemingen gold daarenboven, onder bepaalde voorwaarden, een verlaagd tarief in het kader van artikel 140bis e.v. W.Reg (zie ook artikelen 826 en 922 Burgerlijk Wetboek). De situatie is nu echter omgekeerd. Thans is in een nultarief voor schenkingen van familiale ondernemingen en vennootschappen voorzien. Te lang wachten met het regelen van opvolging wordt ‘gesanctioneerd’ met een (laag) tarief aan successierechten (zie artikel 60/1 Vlaams Wetboek der successierechten; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de successierechten*, Herentals, Knopspublishing, 2013, 460). Uit het voorgaande blijkt tevens, dat de wetgever meer belang hecht aan het behoud van de eenheid van het familievermogen dan aan de (ten tijde van de napoleontische wetgevers essentieel geachte) gelijkheid tussen de erfgenamen.

beschermen tegen overdreven beschikkingen van de laatste.¹⁸⁵ Deze bescherming wordt verantwoord door te verwijzen naar de morele plicht om nauwe verwanten niet volledig onterfd achter te laten.¹⁸⁶ Het lijkt er dus op dat de belangen die de reserve beschermt veeleer de privébelangen van de reservataire erfgenamen zijn, dan het algemeen belang. Dit wijst in de richting van het dwingendrechtelijk karakter van de reserve.

Dat de reserve een individuele bescherming van de reservataire erfgenamen beoogt, volgt ook uit haar vormgeving. De omvang van de reserve verschilt naargelang het aantal afstammelingen dat tot de nalatenschap komt. Bovendien wordt de reserve enkel toegekend aan bepaalde nauwe verwanten van de *decius*. Ten opzichte van deze verwanten zou de *officium pietatis* gelden.¹⁸⁷

De reserve vormt daarenboven een eigen recht, voor iedere reservataire erfgenaam afhankelijk van zijn eigen kwaliteit.¹⁸⁸ Ook uit het feit dat de vordering tot inkorting enkel gevolgen heeft voor de reservataire erfgenaam die ze heeft ingesteld, blijkt dat de reserve een individuele bescherming voor ogen heeft.¹⁸⁹

Sinds 1804 is de maatschappij geëvolueerd. De *Code Napoléon* kwam in heel andere tijdsomstandigheden tot stand. Vandaag bestaat er geen eensgezindheid over de grondslag en bestaansreden van de reserve. Historisch werd zij gezien als een familiale verplichting tot bijstand, een soort onderhouds- of alimentatieverplichting.¹⁹⁰ Een alimentatiekarakter, zoals (men pretendeerde) ten tijde van het opstellen van de *Code Napoléon*, kan niet langer de bedoeling zijn. Reservataire erfgenamen kunnen hun reserve immers opeisen ondanks het feit dat zij er uit redenen van bestaanszekerheid geen nood aan hebben.¹⁹¹ Bovendien wordt de reserve vastgesteld als een forfaitair breukdeel dat niet verandert in functie van de behoefte van de reservataire erfgenaam in kwestie.¹⁹²

¹⁸⁵ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfvereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 480, nr. 468.

¹⁸⁶ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 37-41.

¹⁸⁷ Zie M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfvereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 481.

¹⁸⁸ Het feit dat de afstammelingen niet tot de nalatenschap komen, heeft niet tot gevolg dat een ascendent de reserve van de afstammelingen kan opeisen. Deze ascendent zal uitsluitend zijn eigen reserve, volgens de regels van de ascendentreserve, kunnen opeisen (R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 38).

¹⁸⁹ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 294.

¹⁹⁰ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 32; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384.

¹⁹¹ A. VERBEKE, "Belgisch reservatair erfrecht", *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2002, nr. 2, 25.

¹⁹² Zie M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfvereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 485.

Om die reden bepleiten zowel VERBEKE als PINTENS een omvorming van onze reserve (A.-L. VERBEKE, "Hervorming van Belgisch erfrecht", *TEP* 2011, 11; W. PINTENS, "Enkele bedenkingen over het erfrecht en de erfrechtelijke reserve in rechtsvergelijkend perspectief" in W.

In tijden waarin de levensverwachting aanzienlijk lager was, kon men nog argumenteren dat de reserve een onderhoudsdoelstelling had. Deze visie is in onze huidige maatschappij, met de huidige levensverwachtingen, moeilijk nog hard te maken.¹⁹³ Onderhoud wordt eerder voorzien door arbeid die de erfgenamen zelf gedurende hun leven hebben verricht dan door de reserve, die hoogstens een (beperkte) financiële troost in een emotioneel zware tijd biedt. Voorts dient erop gewezen, dat de reservataire bescherming van de langstlevende echtgeno(o)t(e) de erfrechtelijke aanspraken van de afstammelingen herleidt tot blote eigendom. Is de reserve dan nog het geschikte middel om ‘*existence civile*’ te garanderen?¹⁹⁴ Deze vraag werd ook reeds gesteld door MALAURIE. Het is pas bij het overlijden van de langstlevende, dat de afstammelingen de nalatenschap in volle eigendom verwerven. Op dat moment zullen de afstammelingen doorgaans al een eigen vermogen hebben opgebouwd zodat van een onderhoudsfunctie van de reserve geen sprake (meer) is.¹⁹⁵

De vaststelling dat de reserve niet (langer) een onderhoudsfunctie kan hebben, zet het openbareordekarakter ervan onder druk. Die reserve moest immers voorkomen dat de afstammelingen ten laste van de staat kwamen.¹⁹⁶ Werd de erfflater niet beperkt door de reserve, dan kon hij al zijn goederen vrij wegschenken.¹⁹⁷

Naast een onderhoudsfunctie had de reserve van de *Code Napoléon* tot doel de familiebanden te verstevigen. Volgens DE PRÉAMENEU zou een dergelijk doel goed aansluiten bij de noden van elke overheid en op die manier de beste garantie bieden voor het algemeen welzijn.¹⁹⁸ In die zin diende de reserve het maatschappelijke belang en kon zij worden gezien als van openbare orde. De

PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1993, 5).

¹⁹³ Zie M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 485, nr. 473; W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 976-977, nr. 1899.

¹⁹⁴ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 485-486; zie ook in Frankrijk: P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2004, 307-308.

¹⁹⁵ Thans is de situatie echter anders in Frankrijk aangezien, onder het huidige Franse recht, de langstlevende enkel beschikt over een reserve, indien er geen afstammelingen tot de nalatenschap komen. In dat geval beschikt zij/hij over een reserve in volle eigendom (art. 914-1 C.c.). Komen er afstammelingen tot de nalatenschap, dan beschikt de langstlevende onder bepaalde voorwaarden over een recht van genot op de woning en het daarin aanwezige huisraad gedurende één jaar (art. 763 C.c.).

¹⁹⁶ A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS, *Notariële clausules, Liber amicorum professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 256.

¹⁹⁷ Vanuit diezelfde maatschappelijke invalshoek - het ‘sparen’ van de staatsmiddelen - heeft het Hof van Cassatie bijvoorbeeld ook de objectieve aansprakelijkheid voor motorvoertuigen van openbare orde geacht (Cass. 17 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 300).

¹⁹⁸ Zie J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 196.

vraag is of een dergelijk opvatting nu nog geldt. In (het begin van) de 19^e eeuw was familie enorm belangrijk. De overheid was veel minder uitgebouwd en gestructureerd dan vandaag. Van een sociale zekerheid was geen sprake. Bij nood aan kinderopvang kon uitsluitend een beroep op familie (of burens) worden gedaan. Bij medische nood werd men verzorgd door de familie. Ook financiële problemen werden hoofdzakelijk in familiaal verband opgelost.¹⁹⁹ Ten tijde van het opstellen van ons Burgerlijk Wetboek werd dan ook veel belang gehecht aan (het verstevigen van) de familiebanden. In dergelijke omstandigheden ligt het voor de hand dat de reserve niet louter tot doel had privébelangen te beschermen, maar ruimer het welzijn van de bevolking, de goede ordening van de staat, het algemeen belang.

Thans zijn vele van deze functies echter overgenomen door de overheid. Wij leven in een verzorgingsstaat. Kinderopvang, het O.C.M.W., allerhande ondersteunende uitkeringen, ziekenhuizen en hun werking, ziekte- en hospitalisatieverzekeringen en dergelijke meer zijn voorbeelden van die verzorgende staatsfunctie.²⁰⁰ Toch staat de familie niet volledig buitenspel. Voor een aantal van de hogergenoemde problemen kan en wordt nog steeds beroep gedaan op de familie. Het verschil is echter dat er (gestructureerde) alternatieven zijn.

Aangezien de overheid een groot deel van de taken die vroeger grotendeels door de familie werden waargenomen, heeft overgenomen of minstens deelt met de familie, is de reserve, die de familiebanden diende te verstevigen, niet langer van essentieel belang voor de ondersteuning van het algemeen belang. Bij de handhaving van de maatschappelijke en sociale orde en het algemeen belang speelt de overheid een steeds crucialere rol en verliest de reserve op dit vlak mijns inziens haar openbareordekarakter. De notie openbare orde moet immers strikt worden geïnterpreteerd. Een bepaling is slechts dan van openbare orde in de mate zij zo essentieel is voor de maatschappelijke orde dat zij zonder deze bepaling redelijkerwijze niet (behoorlijk) kan functioneren.²⁰¹ Dat lijkt voor de reserve niet langer het geval.

Het feit dat voor een aantal zaken thans waargenomen door de overheid, nog steeds een beroep wordt gedaan op familie is mijns inziens niet de verdienste van de reserve. Het is niet omdat de reservataire erfgenamen een beroep kunnen doen op hun reserve dat zij hierdoor een versterkte band ervaren met (groot)ouders, broers of zussen. Zij krijgen een dwingende aanspraak op de

¹⁹⁹ J. VAN HOUTTE, G. FRANSSSEN en W.V. WAMBEKE, "De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve" in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 44.

²⁰⁰ J. VAN HOUTTE, G. FRANSSSEN en W.V. WAMBEKE, "De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve" in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 47.

²⁰¹ J. DE CONINCK, "De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 190.

nalatenschap die hen, behoudens erfrechtelijke onwaardigheid, niet kan worden ontnomen. Er bestaat met andere woorden geen plicht voor de reservataire erfgenamen om als reservataire erfgenaam goed overeen te komen met familie, noch om regelmatig contact met hen op te nemen. Zelfs niet indirect: bij financiële of medische nood is immers een beroep op de overheid mogelijk. Van een reserve die de familiebanden verstevigt en op die manier het algemeen belang dient is mijns inziens dan ook geen sprake meer. Bovendien blijkt in de praktijk dat de reserve niet zelden het tegenovergestelde van hechtere banden teweegbrengt.²⁰²

In de visie waarin de reserve als middel ter versteviging van familiebanden het algemeen belang dient, wordt geredeneerd dat, bij gebrek aan reserve, vele erflaters gebruik zouden maken van hun beschikkingsvrijheid om de (reservataire) erfgenamen geheel of gedeeltelijk te onterven. Uit onderzoek uit het eind van vorige eeuw blijkt echter dat de gelijkheid tussen afstammeling nog steeds een beginsel is dat hoog in het vaandel wordt gedragen.²⁰³

Ook het feit dat thans niet meer wordt geoordeeld, dat de reserve tot een onbeschikbaarheid voor de eflater leidt, ondergraaft het openbareordekarakter ervan. De eflater kan zijn volledig vermogen wegschenken of legateren. Stellen de reservataire erfgenamen na het openvallen van de nalatenschap de vordering tot inkorting niet in, dan blijven deze beschikkingen uitwerking hebben. Zij zijn niet nietig. Dit terwijl een bepaling van openbare orde normalerwijze niet vatbaar is voor afstand of bevestiging²⁰⁴ en een inbreuk erop wordt gesanctioneerd met een absolute nietigheid²⁰⁵. Andere elementen in dit verband zoals de functionele invulling van de reservebescherming wijzen ook op een dwingendrecht karakter van de reserve. De functie van de reserve wordt eerder opgevat als een beschermingsfunctie met het doel de private belangen van de reservataire erfgenamen te beschermen. Bij een reserve opvat als van openbare orde moet worden vastgesteld dat ook ‘voordelige’ lasten,

²⁰² Zie A.-L. VERBEKE, “To reserve or not to reserve”, *TEP* 2013, n° 1, 7.

²⁰³ Zie J. VAN HOUTTE, G. FRANSSSEN en W.V. WAMBEKE, “De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 68.

²⁰⁴ Zie Cass. 31 oktober 2008, C.06.0445.N; Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSELLEMANS; Cass. 10 maart 1994, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30; B. TILLEMANS, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2008, 63.

²⁰⁵ F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2727, nr. 25; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 341, nr. 220; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRYIN, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 65; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 109-110, nr. 211-212; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I. Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1939, nr. 89bis-90.

voorwaarden of modaliteiten niet aan dit voorbehouden gedeelte kunnen worden gekoppeld.

De conclusie dat de doelstelling van de huidige reserve afwijkt van bij haar totstandkoming is gerechtvaardigd. Als de grondslag en bestaansreden van de reserve kunnen evolueren, waarom zou het karakter dat dan niet kunnen? Kan in de huidige maatschappij nog worden vastgehouden aan dit openbareordekarakter? Of is dit met de evolutie van de maatschappij afgezwakt?

De huidige reserve is eerder gericht op het beschermen van de (belangen van de) reservataire erfgenaam. De motieven voor het invoeren van de reserve die verband hielden met de maatschappelijke en familiale belangen, zijn verzwakt of helemaal verdwenen. Deze ‘ommekeer’ van een bescherming van de maatschappij naar een bescherming van private belangen speelt in de kaart van de auteurs die bepleiten, dat de reserve ‘slechts’ van dwingend recht is. Een dwingende rechtsbepaling heeft immers tot doel de private belangen te beschermen. Een bepaling van openbare orde heeft veeleer het algemeen belang voor ogen.²⁰⁶

3.2.3. Bescherming van de individuele (beschikkings)vrijheid van de erflater

Aansluitend op de idee dat de reserve reeds een lange evolutie heeft doorgemaakt en ontstond in een maatschappij met een andere sociale en familiale verhouding, kan men zich ook afvragen of in de huidige samenleving, niet meer belang moet worden gehecht aan de beschikkingsvrijheid van de erflater.

De beschikkingsvrijheid wordt erkend en gewaarborgd door artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). De erfrechtelijke reserve vormt een uitzondering op deze vrijheid. Een uitzondering is slechts mogelijk indien daarvoor een legitieme doelstelling (van algemeen belang) bestaat die voorzien is in een wet. Bovendien dient de inbreuk op het fundamentele recht of de fundamentele vrijheid evenredig of proportioneel te zijn aan het (legitieme) doel.²⁰⁷ Deze proportionaliteitstest houdt in dat de inbreuk niet verder mag gaan dan noodzakelijk om het legitieme doel te bereiken.

²⁰⁶ Zie o.a. Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699; Cass. 15 maart 1968, *Pas.* 1968, I, 885; Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, I, 131; Cass. 29 november 2007, *RW* 2010-11, 1176; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 10; J. VAN ZUYLEN, “L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WERY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, 94, nr. 5.

²⁰⁷ C. JANSSENS, K. VAN LAETHEM, S. MIRGAUX en S. SMIS, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 233.

Reservataire erfgenamen zijn doorgaans bloedverwanten van de erflater. In die zin is een legitieme doelstelling te vinden in bloedverwantschap om de beschikkingvrijheid van de erflater te beperken. Wat de proportionaliteitstest betreft dient een groter probleem zich aan. Indien de *decuius* afstammelingen achterlaat, is de reserve immers zo opgebouwd dat zij varieert naargelang het aantal afstammelingen dat tot de nalatenschap komt.²⁰⁸ Eenzelfde berekeningswijze van de reserve wordt ook in Frankrijk nog steeds gehanteerd.²⁰⁹ De reserve houdt geen rekening met behoefte of bijdrage tot opbouw van het vermogen.²¹⁰ Daarenboven valt op te merken, dat in andere rechtsstelsels een fundamenteel verschillende reserve bestaat die veelal minder ingrijpend is en bijgevolg meer ruimte laat aan de beschikkingvrijheid.²¹¹ Ook dit doet twijfels rijzen naar de aanvaardbaarheid van de beperking van de beschikkingvrijheid van de erflater door de (Belgische) reserve.

Desalniettemin moet rekening worden gehouden met het feit dat de lidstaten, bij het invullen van de rechten beschermd door het EVRM, beschikken over een appreciatiemarge.²¹² Dat blijkt onder meer ook uit het arrest *Handyside*²¹³ waarin het Hof besloot dat bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van beperkingen rekening moest worden gehouden met de culturele en maatschappelijke context van het land in kwestie.

De manoeuvreerruimte van de lidstaten is afhankelijk van de belangrijkheid van het recht in kwestie. Hoe belangrijker het recht, hoe beperkter de appreciatiemarge en *vice versa*.²¹⁴ Ook onder meer de aard van het verdragsrecht is bepalend voor de omvang van de appreciatiemarge.²¹⁵ In het kader van het eigendomsrecht wordt doorgaans een ruime appreciatiemarge

²⁰⁸ Zie artikel 913 Burgerlijk Wetboek.

²⁰⁹ Zie artikel 913 Code civil.

²¹⁰ Zie A.-L. VERBEKE, “To reserve or not to reserve”, *TEP* 2013, n° 1, 9; Ook de reserve van de langstlevende echtgeno(o)t(e) voldoet niet aan de proportionaliteitstoets. Ook hier wordt immers een reservataire vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap van de eerststervende toegekend ongeacht de behoefte of de bijdrage tot opbouw van het vermogen. De reserve van de Franse langstlevende, die overigens enkel nog in afwezigheid van afstammelingen wordt toegekend (art. 914-1 C.c.), voldoet evenmin aan de proportionaliteitstoets. Immers: een onveranderlijke reserve van een vierde van de nalatenschap wordt de langstlevende toegekend.

²¹¹ A.-L. VERBEKE, “A new deal for Belgian family property law” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHIELENS en A.-L. VERBEKE (eds.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 474-475.

²¹² C. JANSSENS, K. VAN LAETHEM, S. MIRGAUX en S. SMIS, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 230-231.

²¹³ EHRM, *Handyside v. Verenigd Koninkrijk*, 7 december 1976.

²¹⁴ Zie EHRM, *Otto Preminger Institut v. Oostenrijk*, 20 september 1994, §50; C. JANSSENS, K. VAN LAETHEM, S. MIRGAUX en S. SMIS, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 231.

²¹⁵ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1: algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 220-222.

toegekend aan de lidstaten.²¹⁶ Bij de beoordeling van een inbreuk op het eigendomsrecht moeten de lidstaten zoeken naar een evenwicht tussen de eisen ter bevordering van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van individuen.²¹⁷

In het licht van het voorgaande is het van belang erop te wijzen, dat het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 ook een wijziging aanbrengt op het gebied van de omvang en de berekening van de reserve.

Wat de reserve van de afstammelingen betreft²¹⁸, is het de bedoeling de omvang ervan onveranderlijk te bepalen op de helft van de nalatenschap. Deze wijziging is ingegeven vanuit het oogpunt om de beschikkingsvrijheid van de erflater meer ruimte te geven. Deze verruimde beschikkingsvrijheid voor de erflater beantwoordt aan de maatschappelijke wens van (toekomstige) erfslaters.²¹⁹ Zoals aangegeven, valt een dergelijke reserve uitgedrukt in breukdelen echter moeilijk te verzoenen met artikel 1 van het Eerste Protocol

²¹⁶ Zie EHRM, *James and others v. UK*, 21 februari 1986, §77; EHRM, *Gillow v. UK*, 24 november 1986, §66; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1: algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 220-221.

²¹⁷ Zie EHRM, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 september 1982, §69; EHRM, *James and others v. UK*, 21 februari 1986, §50.

²¹⁸ Ook de reserve van de langstlevende echtgeno(o)t(e) wordt onder handen genomen. Wat de reserve van de langstlevende echtgeno(o)t(e) betreft, wordt in het nieuwe wetsvoorstel aandacht besteed aan het onderscheid tussen aanwinsten en niet-aanwinsten. Let wel, dit onderscheid, waarin het wetsvoorstel voorziet, heeft enkel betrekking op de abstracte reserve. Aan de concrete reserve wordt niet geraakt. Concreet stelt het wetsvoorstel voor om de reservataire erfaanspraken van de langstlevende echtgeno(o)t(e) te beperken tot het vruchtgebruik op de aanwinsten. Het werd immers als billijk beschouwd, dat de langstlevende hoe dan ook een vruchtgebruik diende te krijgen op de goederen uit de nalatenschap van de erflater die tijdens het huwelijk werden opgebouwd en opgespaard. Daarentegen staat het de erflater vrij om de goederen die deel uitmaken van de niet-aanwinsten in volle eigendom te laten toekomen aan iemand anders. Met de voorgestelde wijziging lijkt de abstracte reserve dan ook de proportionaliteitstest van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM te kunnen doorstaan. Waar vroeger een combinatie mogelijk was tussen de concrete en de abstracte reserve stelt het wetsvoorstel een cumulatie tussen beide voor. In de mate dat de gezinswoning (en eventueel het daarin aanwezige huisraad) een niet-aanwinst is, geniet de langstlevende ook van een reservataire vruchtgebruik op deze goederen bovenop de aanwinsten. In de mate dat de gezinswoning (en eventueel het daarin aanwezige huisraad) een aanwinst is, valt het vruchtgebruik op deze goederen onder de abstracte reserve.²¹⁸ Aangezien bij de toebedeling van deze concrete reserve, bovenop de abstracte reserve, geen rekening wordt gehouden met behoefte, kan de proportionaliteit van de voorgestelde regel op dit punt wel in vraag worden gesteld.

²¹⁹ Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 11; zie ook Interview A. TURTELBOOM en H. CASMAN, "Hervorming van het erfrecht. Antwoord op de maatschappelijke noden", Notarius 1, 2013.

Deze wetswijziging heeft de intentie tegemoet te komen aan het feit dat erfslaters ook andere belangen hebben dan de belangen van hun afstammelingen en die van hun echtgeno(o)t(e). Denk maar aan stiefkinderen die geen (*ab intestaat*) erfgenamen zijn van hun stiefouder of aan (mentaal) gehandicapte kinderen waarbij een gelijke verdeling (of zelfs het toekennen van het reservataire gedeelte samen met het volledige beschikbaar deel) niet als rechtvaardig wordt gezien omwille van de bijzondere behoefte van dit kind.

van het EVRM en met name met het proportionaliteitsbeginsel, aangezien geen rekening wordt gehouden met de behoefte.

In het licht van de toenemende individualisering kan men zich bovendien de vraag stellen of in de huidige samenleving nog wel sprake is van een *officium pietatis* of van een reserve die een uitdrukking zou moeten zijn van de familiesolidariteit.²²⁰ Toch blijven individuen betrokken in vele sociale netwerken (bv. arbeidsmarkt, welvaartstaat en –instellingen). Deze sociale netwerken nemen deels de functie van de familie over. Steeds meer worden de ‘familiefuncties’ waargenomen door de zogenaamde verzorgingsstaat.²²¹ Toch wordt de familie niet helemaal buitenspel gezet. Ook bij de familie kan men aankloppen voor ondersteuning en hulpverlening, zij het dat men over steeds meer alternatieven beschikt.

De toenemende mate van individualisering en contractualisering die in vele andere rechtstakken kan worden teruggevonden, is echter niet op dezelfde wijze terug te vinden in (de vormgeving van) ons erfrecht. Hierin blijft de (oude) doelstelling van familiale samenhang een belangrijke rol spelen. Zo wordt de beschikkingsvrijheid van de erflater nog steeds in grote mate beperkt ten voordele van de familie. Zijn deze verregaande beperkingen, gelet op de verandering van de maatschappij, nog te rechtvaardigen?²²² Meer bepaald dringt zich de vraag op of het openbareordekarakter van de reserve te verenigen valt met de toenemende mate van individualisering. De familiesolidariteit en de gedachte van een moreel recht om niet ontferd te worden achtergelaten spelen steeds minder.

Ook in ons erfrecht wordt steeds meer belang gehecht aan de individuele beschikkingsvrijheid van de erflater. Deze vrijheidsgedachte speelt ook in Frankrijk en meerdere Franse auteurs trekken om die reden het openbareordekarakter van de reserve dan ook in twijfel.²²³ De beschikkingvrijheid staat immers haaks op (het openbareordekarakter) van de

²²⁰ J. VAN HOUTTE, G. FRANSSSEN en W.V. WAMBEKE, “De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 40-41.

²²¹ C. CASTELEIN, “Verleden, heden en toekomst van de erfrechtelijke reserve – aanzetten voor en grondige en kritische reflectie” in F. BUYSSSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMEN en A.-L., VERBEKE (eds.), *Over naar familie: liber amicorum Luc Weyts*, Brugge, die Keure, 2011, 93-94; J. VAN HOUTTE, G. FRANSSSEN en W.V. WAMBEKE, “De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 44.

²²² C. CASTELEIN, “Verleden, heden en toekomst van de erfrechtelijke reserve – aanzetten voor en grondige en kritische reflectie” in F. BUYSSSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMEN en A.-L., VERBEKE (eds.), *Over naar familie: liber amicorum Luc Weyts*, Brugge, die Keure, 2011, 96.

²²³ Zie o.a. A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 312; J. MAURY, *Succession et libéralités*, Parijs, LexisNexis, 2009, 15-20; S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 4.

reserve. Hoewel men daar nog wel vasthoudt aan de in omvang variërende reserve in functie van het aantal afstammelingen dat tot de nalatenschap komt²²⁴, biedt het Franse recht eveneens een grote vrijheid aan de erflater.

Deze toenemende aandacht voor de individuele beschikkingsvrijheid kan ook worden gezien in de voorgestelde (gedeeltelijke) wijziging van de vordering tot inkorting in *natura* naar een vordering tot inkorting in waarde.²²⁵ Een dergelijke wijziging werd al doorgevoerd in het Franse recht. Op die manier geeft men meer zekerheid aan de erflater, dat de geschonken goederen daadwerkelijk, in *natura*, zullen kunnen behouden worden door de begiftigde.

Bovendien kan het streven om meer gewicht toe te kennen aan de beschikkingsvrijheid van de *decius* worden afgeleid uit de intentie om de ascendentenreserve af te schaffen, wat in Frankrijk overigens reeds werd gerealiseerd door de wet van 23 juni 2006.²²⁶ Daarnaast valt nog te wijzen op de voorgestelde aanpassing van het verbod van erfovereenkomsten. Tot slot wenst men, in navolging van het Franse recht, ook de mogelijkheid om aan de reservataire erfaanspraken te verzaken, te verruimen. LEROYER wijst erop, dat vooral met de 23 juni wet van 2006, die de ‘*RAAR*’ in het Franse recht heeft ingevoerd, de familierechtelijke solidariteit plaats heeft moeten maken voor een versterkte individuele beschikkingsvrijheid van de erflater.²²⁷ Deze ‘*RAAR*’ kaderde immers eveneens in de wens om meer gewicht toe te kennen aan de beschikkingsvrijheid van de *decius*.²²⁸ De reserve kan vandaag niet meer worden gerechtvaardigd door de idee van de familiale solidariteit, noch door de verplichting om de goederen binnen de familie te houden. Volgens LEROYER heeft de reserve thans een economische doelstelling.²²⁹

Deze wijzigingen duiden erop, dat de maatschappelijke en familiale rol van de reserve steeds vaker het onderspit moet delven ten voordele van de individuele beschikkingsvrijheid van de erflater. De toenemende mate van individualisering en contractualisering is dus ook terug te vinden in het erfrecht. Ook onze zuiderburen hechten steeds meer belang aan de individuele beschikkingsvrijheid van de erflater.²³⁰ De hogergenoemde wetten van 2001 en 2006 zetten een duidelijke stap in die richting in Frankrijk. Deze wetten

²²⁴ Zie artikel 913 Code civil.

²²⁵ Zie artikel 55 Wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

²²⁶ Zie Interview A. TURTELBOOM en H. CASMAN, “Hervorming van het erfrecht. Antwoord op de maatschappelijke noden”, *Notarius* 1, 2013; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 312.

²²⁷ A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384.

²²⁸ Zie F. SAUVAGE, *Successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 34; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384.

²²⁹ A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384.

²³⁰ S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 4.

kunnen (en worden)²³¹ dan ook gezien als inspiratiebron voor het Belgische recht.

Naarmate meer gewicht wordt toegekend aan de (beschikkings)vrijheid van de erflater wordt meer gewicht toegekend aan de private belangen van een bepaald persoon. Een bepaling van openbare orde dient echter het maatschappelijke belang.

Bovendien zou van een bepaling van openbare orde niet kunnen worden afgeweken.²³² De (verruiming van de) beschikkingsvrijheid van de erflater staat dan ook haaks op het openbareordekarakter van de reserve. Een reserve van dwingend recht zou beter tegemoet komen aan de beschikkingsvrijheid van de erflater. De reservatairen kunnen dan immers, na het openvallen van de nalatenschap, berusten in een schending van hun reserve door overdreven beschikkingen van de erflater.

De (voorgestelde) verruiming van het beschikbaar deel leidt tot een verkleining van het voorbehouden deel. Moet dit voorbehouden deel dan nog worden gezien als dermate essentieel dat het van openbare orde is en dus het algemeen belang dient? In Frankrijk is het duidelijk dat het openbareordekarakter plaats heeft moeten maken voor de beschikkingsvrijheid van de erflater.²³³ Als de wetgever zich laat inspireren door zijn Franse collega om de uitzonderingen op de reserve vorm te geven, kan men zich dan ook niet laten inspireren door de Franse opvattingen over het karakter van de reserve?

3.2.4. De toenemende afwijkingen op de reserve

Een algemene mogelijkheid om anticipatief te verzaken aan de reserve, zoals het Franse recht sinds de wet van 23 juni 2006 kent, bestaat in het Belgische recht (nog)²³⁴ niet. Het bestaan van een algemene mogelijkheid om anticipatief aan de reserve te verzaken is echter geen *conditio sine qua non* om het openbareordekarakter van de reserve te kunnen weerleggen. Ook vóór de inwerkingtreding van de wet van 2006 stelden bepaalde Franse auteurs zich al vragen bij het openbareordekarakter van de reserve onder meer omdat de reserve steeds makkelijker om te omzeilen werd.

²³¹ Veel van de voorgestelde wijzigingen aan het Belgische erfrecht zijn immers, zoals zal blijken, geïnspireerd op deze Franse wetten en op de manier waarop zij de toenemende mate van contractualisering en individualisering in het erfrecht vorm hebben gegeven.

²³² Zie Cass. 31 oktober 2008, C.06.0445.N; Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSELMANS; Cass. 10 maart 1994, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

²³³ F. FERRAND, “Réserve héréditaire, ordre public et autonomie de la volonté en droit français des successions” in C. CASTELEIN, R. FOQUÉ en A. VERBEKE (eds.), *Imperative inheritance law in a late-modern society*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 190.

²³⁴ De wetgever denkt er echter wel aan om een gelijkaardige mogelijkheid in te voeren.

De wetgever, de rechtspraak en de rechtsleer voorzien in een toenemend aantal uitzonderingen op de reserve, wat het openbareordekarakter ervan onder druk zet. Hoewel de uitzonderingen voornamelijk betrekking hebben op de reserve van de langstlevende echtgeno(o)t(e)²³⁵, is ook de reserve van de afstammelingen onderworpen aan een aantal uitzonderingen.

LAURENT verduidelijkte al in 1884: “*S’il était vrai que les pactes successoires fussent d’une immoralité telle, que la loi ne voulût leur reconnaître aucun effet, le législateur ne pourrait admettre aucune exception à la prohibition*”.²³⁶

Hoewel hij deze uitspraak deed specifiek met het oog op het verbod van erfovereenkomsten, kan men deze redenering mijn inziens veralgemenen. Eenzelfde bedenking, eveneens met betrekking tot het verbod van erfovereenkomsten, werd recentelijk gemaakt door PUELINCKX-COENE.²³⁷ Naarmate er steeds meer uitzonderingen komen op de regel, dringt zich de vraag op of deze regel niet moet worden herzien. Bijgevolg komt het openbareordekarakter van eender welke bepaling onder druk, naarmate het aantal uitzondering op de regel stijgt.

Omwille van het toenemend aantal uitzonderingen op de reserve lijkt de stelling van het Hof van Cassatie in zijn arrest van 30 maart 1944²³⁸ dat de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op het beschikbaar en voorbehouden deel van openbare orde zijn en dat zij geen afwijking dulden niet langer houdbaar.²³⁹ Eerder werd uiteengezet, dat de vroeger verdedigde stelling²⁴⁰ dat de reserve een beschikkingsonbevoegdheid meebracht voor de erflater, thans niet meer wordt verdedigd.²⁴¹ Op dit aspect van het arrest van het Hof is dus teruggekomen. Waarom zou men, mede ten gevolge van de toenemende uitzonderingen op de reserve, dan ook niet terugkomen op het openbareordekarakter ervan?

²³⁵ Denk o.a. aan artikel 334ter, lid 3 BW; art. 915bis §2, lid 2 BW; art. 915bis §3 BW; de Valkeniersovereenkomst; de mogelijkheid tot verzaking aan de reserve in het kader van de regelingsakte voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming; enz. Omwille van het feit dat dit werk zich beperkt tot de reserve van de afstammelingen worden deze uitzonderingen in deze verkorte versie van dit werk niet besproken.

²³⁶ F. LAURENT, *Avant-projet de révision du code civil, IV, articles 1050-1429*, Brussel, Bruylant, 1884, 65.

²³⁷ Zie M. PUELINCKX-COENE, “Hoe verouderd is ons erfrecht?” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHELSENS en A.-L. VERBEKE, *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 381.

²³⁸ Cass. 30 maart 1944, *Pas.* 1944, I, 281; *Rev.prat.not.* 1944, 314.

²³⁹ Het Hof oordeelde destijds: “*Wanneer de decuius schenkingen heeft gedaan die [...] het beschikbaar deel overschrijden, die giften tot het bedrag van dit te veel ontvangen gedeelte nietig zijn, en dat, in die maat, de decuius het recht niet had die schenkingen te doen, zoals de begiftigden het recht niet hebben ze te behouden (art. 920)*”.

²⁴⁰ Zie J.-E. LABBE, noot onder Cass. fr. 6 mei 1885, S. 1885, 289; F. LAURENT, *Principes de droit civil. Tome IV*, Brussel, Bruylant, 1878, 429, nr. 327.

²⁴¹ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 175-176; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 281-282, nr. 226; H. DU FAUX, *Comm.Erfr.*, Art. 913 BW, 1988, nr. 2.

a. wettelijke uitzonderingen

a.1. Artikel 124 Wet op de Landverzekeringsovereenkomst: de levensverzekering?

Een begunstiging via levensverzekering kon vroeger afbreuk doen aan de reservataire bescherming. Artikel 124 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst²⁴² (hierna: WLVO) bepaalde immers, dat in geval van overlijden van de verzekeringnemer de premies die hij heeft betaald, vrijgesteld zijn van inbreng en inkorting. Eenzelfde bepaling vindt men in artikel L. 132-13 van de Franse Code des Assurances.²⁴³ Het recht op kapitaal van een levensverzekering wordt in Frankrijk niet gezien als behorend tot de bestaande goederen van de *decius*.²⁴⁴ Het ontstaat in het vermogen van de begunstigde, omdat het gaat om een beding ten behoeve van een derde.²⁴⁵ Bijgevolg wordt de erfgenaam geacht het kapitaal niet van de *decius* te verkrijgen, maar rechtstreeks van het levensverzekeringsovereenkomst.²⁴⁶ Het kapitaal wordt immers geacht nooit in het vermogen van de erflater aanwezig te zijn geweest.

Een prachtige opportuniteit zo men de dwingende regels (van openbare orde?) van de reserve wil omzeilen. Enige beperking – zowel naar Belgisch²⁴⁷ als naar Frans²⁴⁸ recht – is dat de premies niet kennelijk onredelijk mogen zijn. In voorkomend geval is enkel het gedeelte dat als overdreven wordt beschouwd, inkortbaar.²⁴⁹ Ondanks deze beperking konden op deze manier enorme bedragen worden geschonken zonder dat de reservataire erfgenamen hiertegen konden opkomen. Het hoeft niet te verwonderen, dat dit in beide landen leidde

²⁴² Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, BS 20 augustus 1992.

²⁴³ Artikel L. 132-13 Code des Assurances: “*Le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s’appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n’aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés*”.

²⁴⁴ Artikel L. 132-12, eerste zin Code des Assurances; “*Le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l’assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l’assuré*”.

²⁴⁵ C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2005, 320.

²⁴⁶ C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 698; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2004, 314; F. TERRÉ (ed.), *Le couple & son patrimoine*, Parijs, Juris-Classeur, 1999, 53; I. KONDYLI, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec compares*, Parijs, LGDJ, 1997, 434-435.

²⁴⁷ Artikel 124 WLVO bepaalde immers, dat de premies niet kennelijk onredelijk mogen zijn.

²⁴⁸ Overeenkomstig artikel 132-13 Code des Assurances zijn de door de erflater betaalde premies enkel inkortbaar, indien zij gelet op de bestaansmiddelen van de *decius* kennelijk overdreven zijn. Dit ‘excessieve’ karakter wordt beoordeeld op het ogenblik van betaling van de premies, waarbij rekening wordt gehouden met de leeftijd alsook met de vermogensrechtelijke en familiale situatie van de onderschrijver (Civ. 2e 17 november 2009, n° 08-17.040, NP; Civ. 1re 12 november 2009, n° 08.20.443, NP).

²⁴⁹ E. RIONDET en H. SÉDILLOT, *Transmission du patrimoine*, Parijs, Dalloz, 2011, 243; F. TERRÉ (ed.), *Le couple & son patrimoine*, Parijs, Juris-Classeur, 1999, 53.

tot het afwenden van de techniek van de levensverzekering van het doel dat zij voor ogen had.²⁵⁰

In het licht van de ongrondwettigheidsverklaring van artikel 127 en 128 WLVO door het (toen nog) Arbitragehof²⁵¹ en daarna van hetzelfde Grondwettelijk Hof²⁵² begon men zich af te vragen of artikel 124 WLVO de grondwettigheidstoets kon doorstaan. De rechtspraak begon met het maken van een onderscheid tussen zogenaamde spaarverrichtingen die niet onder de WLVO ressorteerden en de zogenaamde ‘echte’ levensverzekeringen waarop artikel 124 WLVO wel van toepassing was. Bijgevolg werd nog steeds afbreuk gedaan aan de reserve, indien geoordeeld werd, dat het *in casu* om een ‘echte’ levensverzekering ging.²⁵³ Bij onze zuiderburen werd ook voor een dergelijk onderscheid gepleit. Het Franse Hof van Cassatie werkte echter niet mee.²⁵⁴ Ook levensverzekeringen die kunnen worden gekwalificeerd als spaarverrichtingen, ontsnappen aan de verplichting tot inbreng en inkorting.²⁵⁵

De bescherming van de familiale belangen komt door deze rechtspraak onder druk te staan. Deze rechtspraak maakt immers een verregaande inbreuk op de reserve mogelijk.²⁵⁶ Bovendien wordt in twijfel getrokken of er bij dergelijke beleggingsverrichtingen wel een *alea* is zoals het Hof aangeeft in de betreffende arresten.²⁵⁷ Wie naar Frans recht de reserve eenzijdig wil ontnemen, moet zijn vermogen dus onderbrengen in een levensverzekering. Het Hof was zich daarvan ongetwijfeld bewust. Waarom dan toch dergelijke beleggingsverrichtingen vrijstellen van de vordering tot inkorting? De reden is van economische aard.²⁵⁸ Het kapitaal geïnvesteerd in dergelijke

²⁵⁰ Zie E. RIONDET en H. SÉDILLOT, *Transmission du patrimoine*, Parijs, Dalloz, 2011, 245.

²⁵¹ Arbitragehof 26 mei 1999, nr. 54/99, www.grondwettelijkhof.be.

²⁵² Grondwettelijk Hof 27 juli 2011, nr. 136/2011, www.grondwettelijkhof.be.

²⁵³ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 203-204.

²⁵⁴ In eerste instantie was in het arrest *Leroux* (Civ. Ire 18 juli 2000, n° 97.21-535, *Bull.civ.*, I, n° 213) nochtans beslist, dat artikelen 132-12 en 132-13 van de Code des Assurances niet van toepassing was op dergelijke ‘assurance placement’ of ‘assurance capitalisation’. Met vier arresten (Cass. fr. 23 november 2004, n° 01-13.592, n° 02-11.352, n° 02.17-507, n° 03-13.673, *Bull.ch.mixte*, n° 4) van dezelfde datum is het Hof van Cassatie teruggekomen op het arrest *Leroux*. Het Hof oordeelde: “*Le contrat d’assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1,1° et R. 321-1,20 du Code des assurances, et constitue un contrat d’assurance sur la vie*”.

²⁵⁵ H. CAPITANT, F. TERRÉ en Y. LEQUETTE, *Les grands arrest de la jurisprudence civile. Tome I: Introduction - Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions*, Parijs, Dalloz, 2007, 746-747.

²⁵⁶ Zie H. CAPITANT, F. TERRÉ, en Y. LEQUETTE, *Les grands arrest de la jurisprudence civile. Tome I: Introduction - Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions*, Parijs, Dalloz, 2007, 747.

²⁵⁷ Zie H. CAPITANT, F. TERRÉ en Y. LEQUETTE, *Les grands arrest de la jurisprudence civile. Tome I: Introduction - Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions*, Parijs, Dalloz, 2007, 745-747.

²⁵⁸ Dat valt af te leiden uit uittreksels van de adviseur-rapporteur en de conclusies van advocaat-generaal DE GOUTTES waarin een verklaring kan worden gevonden: “*La requalification affecterait profondément les stratégies de prévoyance, d’épargne et de transmission patrimoniale pour lesquelles les contrats d’assurance vie mixtes fournissent un outil simple et très efficace à des*

levensverzekeringen is in grote mate belegd in staatsobligaties. Had het Hof geoordeeld, dat dergelijke contracten wel onderworpen zouden zijn aan inbreng en inkorting, dan waren zij allicht minder aantrekkelijk met als mogelijk gevolg dat de overheidsfinanciën in gevaar zouden worden gebracht.²⁵⁹

In een arrest van 26 juni 2008²⁶⁰ oordeelde het (Belgische) Grondwettelijk Hof dat artikel 124 WLVO de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schond. Toch bleef, zelfs na dit arrest, de onduidelijkheid voortduren. Er was immers geen eensgezindheid in de rechtsleer of dit arrest impliceerde dat artikel 124 WLVO enkel aan de kant moest worden gezet bij een spaarverrichting, dan wel of artikel 124 WLVO buiten toepassing diende te worden gelaten, ongeacht of het ging om een spaarverrichting dan wel een ‘echte’ levensverzekering.²⁶¹

Ook de wetgever zag deze problemen (uiteindelijk) onder ogen. Door de wet van 10 december 2012²⁶² werd artikel 124 WLVO aangepast. Het huidige artikel 124 WLVO onderwerpt de verzekeringsprestatie aan de inkorting en, voor zover de verzekeringnemer dit uitdrukkelijk heeft bedongen, aan de inbreng. Op die manier wordt de mogelijkheid tot inbreuk op de reserve teniet gedaan. De zinsnede “voor zover de verzekeringnemer dit uitdrukkelijk heeft bedongen, aan de inbreng” impliceert, dat de gift via begunstiging via levensverzekering wordt geacht buiten erfdeel te zijn gedaan. Een aanrekening op het beschikbaar deel dringt zich bijgevolg op.²⁶³ In tegenstelling tot de Belgische, heeft de Franse wetgever in de artikelen 132-12 en 132-13 van de Code des Assurances nog geen (grondwettigheids)probleem gezien.

millions de Français. Compte tenu des montants en jeu et de l'image très sécurisante de l'assurance vie, un tel bouleversement serait, non seulement, porteur de risques systémiques pour la place de Paris, mais ne manquerait pas de susciter une crise de confiance profonde et durable des épargnants vis-à-vis de l'ensemble du régime légal et fiscal mis en place par l'Etat autour des produits d'épargne et de prévoyance”.

²⁵⁹ H. CAPITANT, F. TERRÉ en Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome I: Introduction - Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions*, Parijs, Dalloz, 2007, 748-749; zie ook H. LECUYER, “l’assurance-vie, libéralités et droits de successions”, *Dr. famille* mei 1998, 4, nr. 2; M. GRIMALDI, “Réflexions sur l’assurance-vie et le droit patrimonial de la famille”, *deffrénois* 1994, art. 35841, nr. 22.

²⁶⁰ Grondwettelijk Hof 26 juni 2008, nr. 96/2008, www.grondwettelijkhof.be.

²⁶¹ Zie R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 204; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1010, nr. 1967.

²⁶² Wet van 10 december 2012 tot wijziging van artikel 124 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst betreffende de inkorting van het kapitaal van een levensverzekering in geval van erfopvolging, *BS* 11 januari 2013.

²⁶³ D. PIGNOLET, “Levensverzekering en erfrecht” in R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Actuele knelpunten familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 89; R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 204.

a.2. Zorgkinderen: een nieuwe wettelijke uitzondering?

Het aantal uitzonderingen op de reserve neemt almaar toe.²⁶⁴ Ook in het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 heeft men het nodig geacht een nieuwe uitzonderingen te creëren. In het wetsvoorstel wordt aandacht besteed aan de zogenaamde ‘zorgkinderen’.²⁶⁵

De indieners pleiten voor de mogelijkheid om het erfdeel van het ‘zorgkind’ te bezwaren met een last die erop gericht is het kind te beschermen tegen ondoordacht beheer van zijn erfdeel. Voorbeeld van dienst is de beperking van het erfdeel tot vruchtgebruik. De waarde van dit vruchtgebruik dient overeen te komen met de waarde van het erfdeel in volle eigendom. Een ander voorbeeld bestaat erin om het erfdeel op termijn, in schijven of onder vorm van een lijfrente beschikbaar te stellen. Bovendien moet deze last gepaard gaan met de aanwijzing van een bewindvoerder die de last zal uitvoeren in het belang van het ‘zorgkind’ in kwestie.

Om dit te realiseren zou een nieuw artikel 917/1 BW worden ingevoerd.²⁶⁶ In de artikelsgewijze toelichting bij het wetsvoorstel is te lezen, dat deze last ook op het voorbehouden deel van het ‘zorgkind’ kan worden gelegd.²⁶⁷ Het artikel pleegt een inbreuk op de kwalitatieve reserve. Dat blijkt ook uit de toelichting van de thema’s die in het betreffende wetsvoorstel aan bod komen. Thema vier luidt: *“het begrip onbelaste reserve, de mogelijkheid om daarvan af te wijken ten voordele van zorgkinderen en de mogelijkheid om aan de reserve te verzaken”*.²⁶⁸ Deze uitzondering zet het openbareordekarakter van de reserve van de afstammelingen onder druk. Onder bepaalde voorwaarden zal het kind een last moeten dulden op zijn voorbehouden deel waardoor het er niet het volle genot van zal hebben.

²⁶⁴ Voornamelijk voor wat de reserve van de langstlevende echtgeno(o)t(e) betreft.

²⁶⁵ Dit zijn kinderen *“waarvan gevreesd kan worden dat zij na hun meerderjarigheid niet in staat zullen zijn om hun persoonlijk of patrimoniale belangen zelf en zelfstandig adequaat te behartigen, wegens fysiek, psychische of sociale functiebeperkingen, of een combinatie daarvan”* (Definitie van F. SWENNEN: zie wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 9).

²⁶⁶ Het eerste en tweede lid van dit nieuwe artikel 917/1 BW luiden: *“Is de reservataire erfgenaam een afstammeling van de erflater die in aanmerking komt om onder een beschermingsmaatregel te worden geplaatst zoals bepaald door artikel 488/1 en 488/2, dan kan de erflater echter, bij beschikkingen onder de levenden of bij testament, zijn erfdeel wel met een last bezwaren, voor zover deze last ertoe gericht is de erfgenaam tegen ondoordacht beheer van zijn erfdeel te beschermen. Deze last kan er onder meer in bestaan hem zijn erfdeel tot vruchtgebruik te beperken, voor zover de waarde daarvan met deze van het reservataire erfdeel in volle eigendom van deze erfgenaam overeenstemt. De last kan er ook in bestaan dat de waarde van het erfdeel op termijn, in schijven, of onder vorm van een lijfrente wordt toegekend”*.

²⁶⁷ Zie artikel 48 Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

²⁶⁸ Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 1-2.

Men kan zich echter afvragen of deze last wel kan worden beschouwd als een inbreuk op de kwalitatieve reserve. De (kwalitatieve) reserve wordt thans immers functioneel invuld: zij heeft een beschermingsfunctie en lasten, voorwaarden en modaliteiten die de reserve niet ten nadele van de reservataire erfgenamen bezwaren kunnen wel worden verbonden aan het voorbehouden deel.²⁶⁹ Vraag is of de last in kwestie kan worden gezien als een last ten nadele van de reservataire erfgenaam. Het wetsvoorstel bepaalt immers uitdrukkelijk, dat de last erop gericht is het kind te beschermen tegen ondoordacht beheer van zijn erfdeel.

In de rechtsleer werd er al voor gepleit om deze onmogelijkheid tot het koppelen van lasten en voorwaarden aan het voorbehouden gedeelte met de nodige soepelheid te beoordelen. In een aantal gevallen zouden de ouders de mogelijkheid moeten krijgen om het reservataire gedeelte te ‘bezwaren’ met lasten die toezien op het beheer, de beschikbaarheid en dergelijke meer. Op voorwaarde dat deze lasten of voorwaarden beperkt zijn in de tijd kunnen zij dan als geldig worden beschouwd. Zij steunen op rechtmatige doelstellingen, namelijk de bescherming van de reservataire erfgenaam in kwestie.²⁷⁰ Deze discussie omtrent de al dan niet toelaatbaarheid van een dergelijke last doet zich sinds de wetwijziging van 2006 niet meer voor in het Franse recht. Sindsdien bestaat daar immers ‘*le mandat à effet posthume*’.²⁷¹ Op basis van artikel 812 C.c.²⁷² kan de erflater in beginsel aan om het even wie het mandaat verlenen om in het belang van één of meer (reservataire) erfgenamen die de erflater aanduidt, (welbepaalde goederen van) zijn nalatenschap te beheren. Het ‘*mandat à effet posthume*’ kan, net zoals de in België voorgestelde maatregel, eveneens betrekking hebben op het voorbehouden gedeelte.²⁷³ Het mandaat kan enkel worden verleend, als het kan worden verantwoord door middel van ernstige, legitieme en voldoende gemotiveerde belangen met betrekking tot de persoon van de erfgenaam of de (goederen van de)

²⁶⁹ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 236-238; N. GEELHAND DE MERXEM en A. VERBEKE, “Bewindclausule” in *Notariële clausules. Liber amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 217; J. BAEL, “Planning van nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 1804” in *Familiale vermogensplanning. XXXste Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 415; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 370; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE en W. PINTENS, “Overzicht van rechtspraak. Erfenissen”, *TPR* 1985, 160; M. VAN QUICKENBORNE en R. DEKKERS, “Examin de jurisprudence. Les successions et les libéralités”, *RCJB* 1975, 143.

²⁷⁰ C. DE WULF, “Voorstellen de lege ferenda” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel III Voorstellen*, Brussel, Bruylant, 2000, 16-17; zie ook M. PUELINCKX-COENE, “De terechte bezorgdheid van ouders met een mentaal gehandicapt kind. Enkele suggesties”, *Not.Fisc.M.* 1992, 39.

²⁷¹ Zie F. SAUVAGE, *Successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 142-145.

²⁷² Artikel 812 C.c. bepaalt: “*Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés*”.

²⁷³ S. GAUDEMET, Y. LEQUETTE en F. TERRÉ, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Dalloz, 2014, 777.

nalatenschap.²⁷⁴ Het Belgische wetsvoorstel verwijst naar de artikelen 488/1 en 488/2 BW om de gevallen te bepalen waarin de beschermingsmaatregel kan worden opgelegd.²⁷⁵ De maximaal toegelaten duur van het Franse ‘*mandat*’ bedraagt twee jaar, behoudens uitzonderlijke omstandigheden omschreven in het tweede lid van artikel 812-1-1 C.c. In voorkomend geval bedraagt de maximumduur vijf jaar. Het Belgische wetsvoorstel bevat geen maximumduur.

Eerder werd uiteengezet, dat de functionele benadering van de reserve is komen overwaaien vanuit Frankrijk.²⁷⁶ Hoewel de betreffende rechtspraak reeds dateert van 1975, heeft men het in Frankrijk nodig geacht dit ‘*mandat à effet posthume*’ in 2006 uitdrukkelijk in de wet in te schrijven. Moet dit dan worden gezien als een loutere bevestiging van deze oudere cassatierechtspraak? Of moet hieruit afleid worden, dat het verlenen van een beheersmandaat aan een derde om de goederen te beheren in het belang van de reservataire erfgenaam, niet kan worden gezien als een last die in het voordeel van deze laatste wordt bedongen? Het antwoord kan ook van belang zijn om de voorgestelde Belgische uitzondering voor zorgkinderen te beoordelen. De Franse rechtsleer is in ieder geval de mening toegedaan, dat ‘*le mandat à effet posthume*’ niet verenigbaar is met artikel 912 C.c.²⁷⁷ Dit artikel impliceert, dat de reservataire recht hebben op hun kwalitatieve reserve. Artikel 912 C.c. bepaalt immers dat de reserve de reservataire erfgenamen “*libre de charges*” dient toe te komen. Vraag is echter welk van de artikelen niet (meer) is aangepast aan de maatschappij ...

Of het opleggen van de in het wetsvoorstel voorgestelde last ‘in het belang van de reservataire erfgenaam’ een inbreuk maakt op de kwalitatieve reserve, hangt af van de vraag hoe ruim ‘in het voordeel van de reservataire erfgenaam’ wordt geïnterpreteerd. In het licht van de beschermingsfunctie van het voorbehouden deel zou kunnen worden geargumenteed, dat de toekenning van een beheersmandaat geen inbreuk vormt op de kwalitatieve reserve. Dit mandaat is immers bedoeld om de reservataire erfgenaam te beschermen en maakt dan ook geen inbreuk op de beschermingsfunctie van de reserve. Nochtans legt het beheersmandaat beperkingen op aan de reservataire erfgenaam die hij normalerwijze niet zou moeten dulden.

²⁷⁴ Zie artikel 812-1-1 Code civil.

²⁷⁵ Hieruit valt af te leiden, dat de beschermingsmaatregel (en dus het opleggen van de last) enkel mogelijk is aan afstammelingen die de volle leeftijd van 17 jaar hebben bereikt. De reservataire afstameling dient, wegens zijn gezondheidstoestand, (gedeeltelijk) (tijdelijk) niet in staat te zijn om zonder bijstand of andere beschermingsmaatregel zijn vermogensrechtelijke of niet-vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen. Daarnaast kan de last ook worden opgelegd aan meerderjarigen in een staat van verkwisting.

²⁷⁶ Zie Cass. fr. 10 juni 1975, *JCP* 1975, II, 18141, noot R. SAVATIER; *Rép. Defr.* 1975, 1185, art. 30986, noot G. MORIN.

²⁷⁷ Zie S. GAUDEMET, Y. LEQUETTE en F. TERRÉ, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Dalloz, 2014, 777; F. SAUVAGE, *Successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 142; S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 370.

Waar nog kan worden gediscussieerd over de verenigbaarheid met de kwalitatieve reserve van het louter toekennen van een beheersmandaat in het belang van de reservataire erfgenaam, is voor de voorgestelde lasten elke discussie uitgesloten. Men kan immers niet anders dan toegeven, dat een reserve in vruchtgebruik, hoewel zij van dezelfde waarde is als de volle eigendom van het voorbehouden gedeelte, een kwalitatieve aantasting van de reserve uitmaakt. Een vruchtgebruiker beschikt immers niet over dezelfde rechten als de houder van een eigendomsrecht. Ook het toekennen van het erfdeel op termijn, in schijven, of onder de vorm van een lijfrente is een inbreuk op de (kwalitatieve) reserve.

Met het voorgestelde artikel zou dus een nieuwe uitzondering op de (kwalitatieve) reserve in het leven worden geroepen. De druk op het openbareordekarakter van de reserve (van de afstammelingen) wordt daardoor verhoogd. Een al te strakke huldiging van de reserve lijkt ook hier het maatschappelijke belang niet te dienen.²⁷⁸

b. uitzonderingen gecreeerd door rechtspraak en rechtsleer

b.1. Luxe-uitgaven en dienstengiften

De reserve houdt enkel rekening met en biedt enkel bescherming tegen ‘kapitaalgiften’, niet met respectievelijk tegen ‘dienstengiften’.²⁷⁹ Dienstengiften omvatten o.a. contracten uit vrijgevigheid, de kosteloze bruikleen, het kosteloos mandaat, de kosteloze bewaargeving en in het algemeen het kosteloos presteren van diensten.²⁸⁰ Dit maakt het mogelijk om zelfs zonder de wil van de erflater ongelijkheid tussen de reservataire erfgenamen te creëren.²⁸¹

²⁷⁸ Samen met de uitbreiding van het beschikbaar deel laat deze wetswijziging toe een kwantitatief en kwalitatief op maat gemaakt erfdeel toe te kennen aan het behoeftige (mentaal) gehandicapte kind.

²⁷⁹ M. ADRIAENS, “Vaders wil is wet, of toch niet helemaal? Over het *de facto* onterven van reservataire erfgenamen door middel van giften” in R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE (eds.), *Actuele knelpunten familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 200-202, nr. 44-46; R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 199-201; W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1002, nr. 1949.

²⁸⁰ J. VAN HOUTTE, G. FRANSSSEN en W.V. WAMBEKE, “De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 131.

²⁸¹ Een voorbeeld ter verduidelijking. Een ouder heeft twee kinderen. Eén ervan helpt hij met het renoveren van een door het kind aangekochte woning. Maandenlang klust hij ’s avonds na het werk en in de weekends aan het huis. Het ander kind beslist om een nieuwbouw te kopen. Aangezien de erflater de gelijke behandeling van zijn kinderen hoog in het vaandel draagt, wil hij ook aan zijn tweede kind een bijdrage leveren. De ouder schenkt de helft van de koopprijs van het huis. Alles lijkt in orde, tot de ouder overlijdt. Bij de vereffening en verdeling van de nalatenschap komen namelijk de tijdens het leven van de erflater gedane giften opnieuw ter sprake. Bijgevolg kan het eerste kind de inkortung vorderen van de aan het tweede kind geschonken geldsom, hoewel de waarde ervan gelijkstaat aan de door de ouder aan het eerste kind kosteloos gepresteerde dienst.

Men kan zich de vraag stellen of in een tijd waarin arbeid (één van) de belangrijkste bron(nen) van rijkdom uitmaakt, het kosteloos presteren van diensten geen verarming uitmaakt.²⁸² Recente rechtspraak lijkt echter te aanvaarden, dat in bepaalde gevallen ook kosteloos gepresteerde diensten onderworpen zijn aan (bepaal)de regels inzake schenkingen.²⁸³

Vreemd genoeg wordt het presteren van een dienst wel gezien als een equivalente tegenprestatie bij een handeling onder bezwarende titel. Handelingen onder bezwarende titel zijn evenmin vatbaar voor inkorting, aangezien de reserve slechts bescherming biedt tegen handelingen onder kosteloze titel.²⁸⁴ Nochtans kunnen ook dergelijke rechtshandelingen de reserve in grote mate uithollen. Denk aan luxe-reizen, luxe-diners, wellnessweekends.²⁸⁵ Die worden gezien als handelingen onder bezwarende titel, hoewel er geen enkele vorm van kapitaal is, dat terugkeert in het vermogen van de erfflater. Anderzijds bestaan ook goederen met een hoge aanschafwaarde maar onderworpen aan een sterke waardevermindering, zoals een Ferarri die na één ritje gehalveerd is in waarde.²⁸⁶

Aangezien het kosteloos presteren van een dienst niet wordt gezien als een (kapitaal)schenking onderworpen aan de vordering tot inkorting, kan op die manier de reserve omzeild worden. Om één van de kinderen te bevoordelen ten opzichte van een ander volstaat het om kosteloos arbeid te presteren in plaats van het geven van een geldsom waarmee dat kind deze dienst financiert. Bovendien krijgt de ouder geen vergoeding voor deze prestatie. Had hij/zij deze arbeid verricht voor een derde, dan zou hij/zij wel een vergoeding krijgen die later (mogelijk) in zijn nalatenschap valt. Door het feit dat hij/zij deze vergoeding niet krijgt bij kosteloze arbeid voor één van zijn reservataire erfgenamen, wordt de omvang van het voorbehouden en het beschikbaar

De kosteloos gepresteerde dienst ten voordele van het eerste kind kan echter niet het voorwerp uitmaken van een vordering tot inkorting, aangezien het gaat om een 'dienstengift'. Had het eerste kind alle werken laten uitvoeren door een gespecialiseerde firma, gefinancierd door de ouder(s), dan was wel sprake geweest van een (kapitaal)schenking die het voorwerp kan uitmaken van een vordering tot inkorting. Op de hierboven geschetste werkwijze kan de reserve worden uitgehouden.

²⁸² R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 199-201; M. PUELINCKX-COENE, "Doorlichting van de reservebescherming, enkele bedenkingen" in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 132-133; M. PUELINCKX-COENE, "Bedenkingen bij de schenkingen", *TPR* 2000, 613-620.

²⁸³ Zie onder meer Rb. Nijvel 11 oktober 2006, *RTDF* 2007, 1281, noot J.L. RENCHON; Vred. Waver 12 november 2008, *T.Vred.* 2011, 193, noot A. EVRARD.

²⁸⁴ H. DEKKERS, *Précis de droit civil belge, Tome III*, Brussel, Bruylant, 1955, 807. Voor Frankrijk: C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 382.

²⁸⁵ M. ADRIAENS, "Vaders wil is wet, of toch niet helemaal? Over het *de facto* onterven van reservataire erfgenamen door middel van giften" in R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE (eds.), *Actuele knelpunten familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 195, nr. 34; A. VERBEKE, "Belgisch reservataire erfrecht", *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2002, nr. 2, 27.

²⁸⁶ M. COENE, "Doorlichting van de reservebescherming, enkele bedenkingen" in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 130-131.

gedeelte kleiner. De reservataire erfaanspraak van de overige reservataire erfgenamen verkleint.²⁸⁷

Indien men van oordeel is dat de reserve dermate fundamenteel is voor de samenleving, dat men haar een openbareordekarakter dient toe te kennen, zou men toch verwachten, dat ook dienstengiften dienen ter sprake te komen bij de vereffening en verdeling van de nalatenschap. Zeker in tijden waarin arbeid een belangrijke, zo niet de belangrijkste inkomstenbron uitmaakt kan een reserve die enkel bescherming biedt tegen kapitaal- en niet tegen dienstengiften, moeilijk nog gezien worden als van openbare orde. Hetzelfde geldt voor luxe-uitgaven. Zoals hoger uiteengezet worden die beschouwd als handelingen onder bezwarende titel, hoewel er geen enkele vorm van kapitaal terugkeert naar het vermogen van de erflater. Ook door te investeren in goederen onderworpen aan een forse waardevermindering bij gebruik kan men de reserve ‘omzeilen’. Het betreft hier echter wel een oneigenlijke uitzondering op de reserve. De reserve wordt pas berekend op het tijdstip van het openvallen van de nalatenschap. Als men zorgt, dat men op dat moment niets meer heeft, kan men de reserve ‘omzeilen’.

b..2. De alternatieve beschikking en het strafbeding

De techniek van de alternatieve beschikking bestaat erin, dat de testator in het testament een beding opneemt dat bepaalt, dat de reservataire erfgenaam binnen een bepaalde voorgeschreven termijn schriftelijk bij de notaris een verklaring van berusting dient af te leggen. Wordt deze verklaring afgelegd binnen de voorgeschreven termijn, dan zal het testament volledige uitwerking kennen, ook al bevat dit elementen die afbreuk doen aan de reserve. Wordt deze verklaring van berusting niet afgelegd binnen de voorgeschreven termijn, dan valt de reservataire erfgenaam terug op de alternatieve beschikking. Die bestaat erin dat de reservataire erfgenaam zijn reserve kan opeisen, maar enkel zijn reserve. De testator laat de reservataire erfgenaam de keuze: ofwel een groter erfdeel met een bepaalde last, ofwel een kleiner onbelast erfdeel, zijn reserve.²⁸⁸ De techniek van de alternatieve beschikking maakt bijgevolg een

²⁸⁷ Een voorbeeld ter verduidelijking: stel dat de nalatenschap van een ouder met twee afstammelingen bestaat uit 300.000 euro. Overeenkomstig het vooralsnog geldende artikel 913 BW bedraagt de reserve van elke afstammelingen 100.000 euro. De kosteloze arbeid die de ouder heeft verricht voor één van zijn afstammelingen, wordt gewaardeerd op 60.000 euro. Het betreft echter een dienstengift die niet meer ter sprake komt bij de vereffening-verdeling van de nalatenschap. Indien ze wel bij de fictieve massa diende te worden gevoegd, zou de andere afstammeling een reservataire aanspraak van 120.000 euro hebben kunnen laten gelden.

²⁸⁸ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfvereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 464; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 712, nr. 1137; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en A. MAELFAIT, “Commentaar bij artikel 900 BW” in *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 13; A. VERBEKE, “Belgisch reservataire erfrecht”, *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2002, nr. 2, 29.

inbreuk op de kwalitatieve reserve.²⁸⁹ Het is een afwijking van de regel dat de reservataire erfgenamen recht hebben op een ‘vrije en onbelaste’ reserve.

Een wettelijke toepassing van de alternatieve beschikking is in artikel 917 BW terug te vinden. Eenzelfde bepaling vindt men ook terug in artikel 917 C.c. In beide bepalingen staat te lezen dat de reservataire erfgenamen de keuze hebben om de beschikking ten uitvoer te brengen of de eigendom van het beschikbaar deel af te staan, indien de beschikking bestaat in een vruchtgebruik of lijfrente waarvan de waarde het beschikbaar deel te boven gaat.²⁹⁰

Het testamentaire strafbeding bestaat erin, dat in het testament wordt bepaald, dat in geval van een (gedeeltelijke) niet-uitvoering of betwisting van het testament de erfaanspraken van een erfgenaam worden beperkt of ontnomen. Bij een reservataire erfgenaam gaat het in dat geval om een beperking tot zijn reservataire deel. Voert de reservataire erfgenaam daarentegen wel uit of betwist hij het testament niet, dat bekomt hij zijn wettelijk erfdeel.²⁹¹ Bijgevolg wordt het beschikbaar deel dat hem *ab intestato* zou toekomen, de reservataire erfgenaam ontnomen.

Het testamentaire strafbeding wordt gebruikt om druk te zetten op de reservataire erfgenamen om de laatste wil van de erflater te honoreren.²⁹² Nadeel van een dergelijk beding is, dat het weinig keuze laat aan de reservataire erfgenamen. Zij worden verplicht deze wil te respecteren op straffe van een gedeeltelijke onterving. Daarom opteert men vaak voor de

²⁸⁹ A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE en L. WEYTS, *Notariële clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 252; ; A. MAELFAIT, “Testamentaire schikkingen burgerrechtelijke en fiscaal bekeken” in L. WEYTS en C. CASTELEIN (eds.), *Capita Selecta Notarieel Recht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2006, 142; A. VERBEKE, “Alternatieve beschikking”, in A. VERBEKE en H. DERYCKE (eds.), *Vermogensplanning met effect na overlijden: erfrecht en testament*, Brussel, Larcier, 2005, 211.

²⁹⁰ Artikel 917 C.c. kan niet worden toegepast op een beschikking in vruchtgebruik ten voordele van de langstlevende (C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 426, nr. 607; P. MALAURI, *Les successions. Les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2004, 326, nr. 657). De langstlevende kan zich immers beroepen op artikel 1094-1 C.c. Dit artikel laat de erflater toe een recht van vruchtgebruik op de reserve toe te kennen aan de langstlevende. Naar Belgisch recht vindt artikel 917 BW evenmin toepassing op een beschikking in vruchtgebruik aan de mede-echtgenoot. De langstlevende kan immers van rechtswege het vruchtgebruik verkrijgen op de volledige nalatenschap met inbegrip van de reserve van de afstammelingen, en de ascendenten kunnen zich ten aanzien van de langstlevende niet op een reserve beroepen (Rb. Leuven, 27 maart 1987, *TBBR* 1989, 168; H. DU FAUX, “Commentaar bij art. 917 BW” in *Comm. Erf.*, 1997, nr. 3).

²⁹¹ R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 710, nr. 1131; A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE en L. WEYTS, *Notariële clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 250; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1317.

²⁹² A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE en L. WEYTS, *Notariële clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 250; C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 499.

alternatieve beschikking. Die laat de reservataire erfgenamen immers een keuzevrijheid.²⁹³

Wat als de laatste wil van de erflater tot gevolg heeft, dat inbreuk wordt gepleegd op het reservatair deel van één van de erfgenamen? Krachtens artikel 900 BW kan aan het testament geen voorwaarde die onmogelijk, strijdig met de wet of de goede zeden is, worden gekoppeld. Bij overtreding van deze bepaling wordt de voorwaarde voor niet geschreven gehouden. Het legaat zelf blijft bestaan op voorwaarde dat de voorwaarde, de last of de modaliteit niet de determinerende beweegreden voor het legaat was. In dat geval wordt het legaat nietig geacht.²⁹⁴

De vraag rijst wat onder het begrip ‘wet’ in artikel 900 BW moet worden verstaan. De meerderheid van de auteurs bepleiten, dat dit begrip enkel wetten betreft die de openbare orde raken.²⁹⁵ Andere auteurs pleiten voor een ruimere opvatting en stellen, dat bepalingen van dwingend recht, ook onder het artikel vallen.²⁹⁶

Wat dan met een strafbeding dat inbreuk maakt op de reserve? Volgt men de traditionele stelling omtrent het karakter van de reserve, dan wordt het desbetreffende strafbeding voor niet geschreven gehouden. Volgens deze stelling is de reserve immers van openbare orde.²⁹⁷ Is men daarentegen van oordeel dat de reserve niet van openbare orde, maar van dwingend recht is, dan dient besloten, dat een strafbeding dat inbreuk pleegt op de reserve, uitwerking kan krijgen.²⁹⁸ Onder de voorwaarde echter dat de meerderheidsopvatting over wat onder het begrip ‘wet’ in de zin van artikel 900 BW moet worden verstaan, wordt gevolgd.²⁹⁹

²⁹³ A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE en L. WEYTS, *Notariële clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 250.

²⁹⁴ W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en A. MAELFAIT, “Commentaar bij artikel 900 BW” in *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 5.

²⁹⁵ Zie R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 710, nr. 1133; N. GEELHAND, “Het testamentair strafbeding”, in *Verslagboek Jaarlijks Congres van de Vereniging van Licentiaten in het notariaat te Leuven op 17 oktober 1998*, Kluwer Rechtsw., 1998, nr. 16; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1322 en 1323.

²⁹⁶ Zie W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en A. MAELFAIT, “Commentaar bij artikel 900 BW” in *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 10.

²⁹⁷ Zie ook Luik 21 februari 1968, *JL* 1968-69, 57; Rb. Neufchâteau 4 februari 1981, *Rec.gén.enr.not.* 1982, nr. 22.758, 262; *JT* 1981, 492.

²⁹⁸ Zie ook Rb. Brussel 8 mei 1998, *Rev.Not.B.* 1998, 560;

²⁹⁹ A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE en L. WEYTS, *Notariële clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 256; N. GEELHAND, “Beschouwingen, denkpistes en valkuilen van de successierechten bij familiale vermogensplanning” in X (ed.), *Familiale vermogensplanning XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 298, nr. 32.

In de rechtsleer is de optieleer ontwikkeld waardoor men aan deze discussie kan ontsnappen. Die leer houdt in dat door middel van een testamentair strafbeding een keuze wordt gelaten aan de reservataire erfgenaam tussen de testamentaire beschikking en zijn reservatair deel. Deze keuzemogelijkheid zou niet strijdig zijn met de openbare orde of goede zeden.³⁰⁰ Ter verklaring wordt gewezen op het feit dat de reservataire erfgenaam zelf beslist of hij na het openvallen van de nalatenschap verzaakt aan zijn reserve door de vordering tot inkorting niet in te stellen. Hetzelfde geldt voor een alternatieve beschikking die de reserve aantast.³⁰¹

Nochtans zet de toelaatbaarheid van een alternatieve beschikking het openbareorde-karakter van de reserve onder druk.³⁰² Men kan immers moeilijk stellen, dat de reserve de openbare orde raakt, terwijl wordt toegestaan de reserve als het ware om te wisselen voor een groter, maar belast erfdeel. Zelfs indien alle betrokken partijen toestemmen, kan van een bepaling van openbare orde geen afstand worden gedaan. Het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 beoogt bovendien het (wettelijke) toepassingsgebied te verruimen. Het nieuwe artikel spreekt van ‘een last’, wat ruimer is dan louter vruchtgebruik of een lijfrente.³⁰³ Het gaat bijgevolg om een verregaande uitzondering op de kwalitatieve reserve. Deze wetwijziging komt tegemoet aan de bestaande praktijk die de alternatieve beschikking reeds toeliet buiten de grenzen van artikel 917 BW.

Of een inbreuk op de reserve mogelijk is met een testamentair strafbeding hangt af van de kwalificatie die aan de reserve wordt gegeven: openbare orde of dwingend recht. De toelaatbaarheid van een testamentair strafbeding moet dan ook niet worden gezien als een argument *contra* het openbareordekarakter, maar veeleer als een gevolg van de kwalificatie van de reserve als van dwingend recht. Het gevolg is dan dat testamentaire strafbedingen waarmee wordt aangespoord een inbreuk op de reserve te dulden, geldig zijn. Deze redenering geldt echter enkel indien op het punt wat onder ‘wet’ moet worden

³⁰⁰ W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en A. MAELFAIT, “Commentaar bij artikel 900 BW”, in *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 15; N. GEELHAND, “Het testamentair strafbeding”, in *Verslagboek Jaarlijks Congres van de Vereniging van Licentiaten in het notariaat te Leuven op 17 oktober 1998*, Kluwer Rechtsw., 1998, nr. 20; A. KLUYSKENS, “De schenkingen en de testamenten”, in *Beginselen van burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1955, nr. 23.

³⁰¹ R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 713, nr. 1137.

³⁰² Zie A. MAELFAIT, “Het strafbeding en de alternatieve beschikking in een testament” in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE en L. WEYTS, *Notariële clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 258.

³⁰³ Het nieuwe artikel 917 Burgerlijk Wetboek zou als volgt luiden: “*Wordt ingevolge een beschikking, bij akte onder de levenden of testament, het erfdeel van een reservataire erfgenaam met een last bezwaard die zijn bevoegdheid om meteen en zonder hinder zijn beschikkingsrecht op zijn erfdeel uit te oefenen, dan heeft deze erfgenaam de keuze, ofwel de beschikking te aanvaarden, ofwel genoeg te nemen met zijn reserve, die hem dan vrij en onbelast moet worden toegekend*”.³⁰³

verstaan in de zin van artikel 900 BW, de meerderheidsstrekking wordt gevolgd.

b.3. Artikel 918 BW

Artikel 918 BW voorziet eveneens in een mogelijkheid om de reserve te ontnemen. Hoewel het om een wettelijke bepaling gaat, is de uitzondering die gecreëerd werd op de reserve, eerder een creatie van de rechtspraak en de rechtsleer.

Uit deze bepaling vloeit voort, dat giften gedaan met toestemming van de reservataire erfgenamen onder bepaalde voorwaarden niet meer ter sprake komen bij de vereffening en verdeling van de nalatenschap. Op die manier kunnen reservataire erfgenamen afstand doen van hun reserve. Artikel 918 BW is evenwel enkel van toepassing bij vervreemding met last van een lijfrente, met afstand van kapitaal of met voorbehoud van vruchtgebruik. Ook Frankrijk kent deze regel onder artikel 918 C.c.

De tekst van artikel 918 BW beperkte zijn toepassing echter niet uitdrukkelijk tot vervreemdingen onder bezwarende titel. Het was de notariële praktijk die dit artikel ging aanwenden voor handelingen om niet om ervoor te zorgen, dat schenkingen met last van lijfrente, met afstand van kapitaal of met voorbehoud van vruchtgebruik als het ware ‘oninkortbaar’ werden. Op die manier werd voor reservataire erfgenamen de mogelijkheid gecreëerd om anticipatief aan hun reserve te verzaken, mits de schenking de juist vorm aannam.³⁰⁴ Aanvankelijk verzette het Hof van Cassatie zich tegen een dergelijk gebruik van het genoemde artikel.³⁰⁵ De interpretatieve wet van 4 januari 1960³⁰⁶ bevestigde echter, dat een dergelijk gebruik van artikel 918 BW geoorloofd was. Dat het artikel ook kon worden toegepast op handelingen om niet werd later ook uitdrukkelijk aanvaard door het Hof van Cassatie.³⁰⁷

De rechtspraak³⁰⁸ en de rechtsleer³⁰⁹ zijn bovendien van oordeel, dat de inkorting die verschuldigd zou zijn naar aanleiding van de toepassing van artikel 918 BW in waarde kan gebeuren.³¹⁰

³⁰⁴ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 242-244 en 892-893.

³⁰⁵ Cass. 20 januari 1950, *Arr.Verbr.* 1950, 312; *Pas.* 1950, I, 333; *RCJB* 1950, 45.

³⁰⁶ Interpretatieve wet van 4 januari 1960, *BS* 11 januari 1960.

³⁰⁷ Zie Cass. 8 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1179.

³⁰⁸ Brussel 5 oktober 2000, *Rev.trim.dr.fam.* 2002, 733; impliciet bevestigd door Cass. 16 mei 2002, *Rev.not.b.* 2003, 324, noot E. DE WILDE D'ESTEMAEL; RW 2002-03, 1543, noot K. VANWINCKELEN; Brussel 18 januari 1954, *Pas.* 1955, II, 45; Gent 20 februari 1951, *T.Not.*, 1952, 56; Rb. Brugge 5 november 1993, *T.Not.* 1994, 88; Rb. Hasselt 21 januari 1975, *Limb.Rechtsl.* 1975, 155; Rb. Nijvel 13 december 1955, *Rec.Niv.* 1957, 94; Rb. Oudenaarde 17 november 1966, *RW* 1967-68, 1446; Rb. Kortrijk 14 februari 1957, *T.Not.* 1958, 226; Rb. Gent 18 februari 1942, *Rev.prat.not.b.* 1944, 93; Rb. Leuven 7 mei 1930, *Rev.prat.not.b.* 1930, 563; *Rec.gén.enr.not.*, nr. 16881; Rb. Hoei 3 maart 1927, *Pas.* 1927, III, 149.

In een arrest van 8 oktober 1992³¹¹ oordeelde het Hof van Cassatie, dat artikel 918, tweede zin BW in die zin moet worden opgevat dat de reservataire erfgenamen die hebben ingestemd³¹² met de schenking, niet meer beschikken over de mogelijkheid de aanrekening van die schenking op het beschikbaar deel te vragen met het oog op een eventuele inkorting. Het Hof oordeelde dat deze instemming door de reservataire erfgenamen een afstand betekende van hun reservataire erfaanspraken op de geschonken goederen. Het scheppen van een mogelijkheid om anticipatief te verzaken aan de vordering tot inkorting, indien de vervreemding gebeurde met last van een lijfrente, met afstand van kapitaal of met voorbehoud van vruchtgebruik, doet twijfels rijzen met betrekking tot het openbareordekarakter van de reserve. Een bepaling van openbare orde is immers niet vatbaar voor afstand.³¹³

Naarmate er meer uitzonderingen op de regel zijn en naarmate de uitzonderingen een ruimer toepassingsgebied kennen, wordt ook de druk op het openbareordekarakter ervan groter. Hoewel enkele materiële voorwaarden worden gesteld aan de anticipatieve verzaking, impliceert artikel 918 BW, dat men in heel wat gevallen afstand kan doen van zijn reserve. Het openbareordekarakter van de reserve valt mijns inziens dan ook nog moeilijk te verdedigen³¹⁴, aangezien de reservataire erfgenamen op dergelijke gemakkelijke en verregaande wijze afbreuk kunnen doen aan hun reservataire aanspraken.

³⁰⁹ R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 1361; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 2408; F. BUYSENS, “Ascendentenverdeling/art. 918. Civiele aspecten” in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Algemeen deel 2. Vermogensplanning met effect bij leven: Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 247; P. DELNOY, “Réformer l’article 918 du Code civil pour mettre terme à “une historie qui n’en finit pas”” in F. SWENNEN en R. BARBAIX (eds.), *Over erven, Liber amicorum Mieke Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, 2006, 113.

³¹⁰ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 865.

³¹¹ Cass. 8 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1179.

³¹² Deze toestemming is mogelijk, ongeacht of de overige reservataire erfgenamen van mening zijn, dat het in werkelijkheid om een handeling onder bezwarende titel dan wel om een schenking gaat (R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 826).

³¹³ Zie Cass. 31 oktober 2008, C.06.0445.N; Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSSELMANS; Cass. 10 maart 1994, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 201; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

³¹⁴ Zeker indien dit argument samen gelezen wordt met alle andere argumenten *contra* het openbareordekarakter.

Opdat artikel 918 BW en artikel 918 C.c. toepassing vinden moet de vervreemding gebeuren aan een erfgerechtigde in de rechte lijn.³¹⁵ Eenzelfde beperking geldt naar Belgisch recht daarentegen niet voor de mogelijkheid tot anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting. Het Belgische artikel spreekt immers van “*erfgenamen aan wie de wet een voorbehouden erfdeel toekent*”. Het Franse artikel spreekt daarentegen slechts van “*ceux des autres successibles en ligne directe*”.

Vooraleer de instemming kan plaatshebben, dient de notaris, waarvoor de reservataire erfgenaam in kwestie verschijnt, hem of haar te wijzen op de gevolgen en draagwijdte van zijn instemming.³¹⁶ Enkel een instemming met kennis van zaken leidt tot een definitieve verzaking aan de vordering tot inkorting ten aanzien van het desbetreffende goed.³¹⁷

Ook het feit dat, bij gebrek aan instemming door de overige reservataire erfgenamen, de inkorting kan geschieden in waarde zet het openbareordekarakter van de reserve onder druk. De reserve is immers, naar Belgisch recht, een *pars hereditatis*. De reservataire erfgenamen hebben normalerwijze recht op een erfdeel in *natura*. Doordat in voorkomend geval de inkorting in waarde kan geschieden, krijgt de reserve in het kader van artikel 918 BW, het kenmerk van een *pars bonorum*. De bescherming die de reserve biedt, is in voorkomend geval beduidend zwakker.

VERSTRAETE en BAEL wijzen bovendien op de inconsistentie van deze uitzondering. Gelet op het feit dat het gaat om een uitzondering op een dwingende regel (volgens sommigen zelfs van openbare orde)³¹⁸, dringt een restrictieve interpretatie zich op. Het gevolg is dat een voorafgaande verzaking aan de vordering tot inkorting doordat de reservataire erfgenaam zou toestemmen met een schenking met voorbehoud van een recht van bewoning niet mogelijk is, terwijl dit wel mogelijk is, indien de schenker schenkt met voorbehoud van vruchtgebruik.³¹⁹ Tot eenzelfde besluit kwam men ook in de

³¹⁵ Dat valt af te leiden uit de bewoordingen “*in de rechte lijn*” en “*en ligne directe*” in zowel het Belgische als het Franse artikel.

³¹⁶ P. DELNOY en P. DE PAGE (eds.), *Libéralités, successions légales, partages et droits de succession*, Luik, Formation permanente CUP, 1999, 77-78; M. PUELINCKX-COENE, “Deel III. De reserve” in J. BAEL, H. CASMAN, M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE (eds.), *Notariële actualiteit 7. Familierecht*, Brugge, die Keure, 1996, 96; L. RAUCENT, “Donation avec réserve d’usufruit à un successible en ligne directe”, *Rev.not.b.* 1993, 238.

³¹⁷ Brussel 27 mei 1986, *Pas.* 1986, II, 134; *JT* 1987, 381; *TBBR* 1988, 396; Rb. Luik 4 oktober 1993, *JLMB* 1994, 1198.

³¹⁸ Deze bepaling maakt niet enkel een uitzondering op de reserve, maar ook op het verbod van erfvereenkomsten.

³¹⁹ Antwerpen 9 maart 1998, *T.Not.* 1998, 459; Antwerpen 20 februari 1996, *Rev.not.b.* 1997, 140, noot J. BLOCKX; Bergen 23 juni 1996, 227; Gent 13 maart 1995, *T.Not.* 1996, 31, noot J. BYTTEBIER; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 886; J. BAEL, “Wat kan wel en wat kan niet bij bedingen betreffende een toekomstige nalatenschap? Naar een andere opvatting inzake het verbod van bedingen

Frans rechtspraak.³²⁰ Het is op zijn minst eigenaardig, dat een verzaking aan de vordering tot inkorting in de gevallen gevisieerd in artikel 918 BW niet strijdig wordt geacht met de openbare orde, terwijl een verzaking aan de vordering tot inkorting wel in strijd zou zijn met de essentiële belangen van de gemeenschap, indien de vervreemding bijvoorbeeld is gebeurd met voorbehoud van een recht van gebruik en bewoning.³²¹ Beide auteurs doen deze uitspraken met het verbod van erfovereenkomsten in het achterhoofd. Deze redenering kan mijns inziens echter worden doorgetrokken tot het (karakter van) de reserve.

Het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 voorziet bovendien in een aanpassing van artikel 918 BW. In het nieuwe voorgestelde artikel wordt uitdrukkelijk gesteld, dat de reservataire erfgenamen ten aanzien van één of meer welbepaalde giften kunnen verzaken aan de vordering tot inkorting. Dit ingrijpen zou kunnen worden opgevat, als een uitbreiding van het materiële en personele toepassingsgebied van het huidige artikel.³²² Het voorgestelde artikel verschilt echter van het huidige in die zin dat de wetgever met het huidige artikel aanvankelijk niet de intentie had een inbreuk op de reserve mogelijk te maken. Dat blijkt bij het nieuw voorgestelde artikel wel het geval te zijn.

Worden de voorgestelde wijziging doorgevoerd, dan kan men mijns inziens niet langer argumenteren, dat de reserve van openbare orde is. Alle reservataire erfgenamen kunnen dan immers verzaken aan alle mogelijke schenkingen. Bovendien kunnen zij akkoord gaan met een verzwakking van hun bescherming door genoeg te nemen met een inkorting in waarde. Dat nagedacht wordt over de invoering van deze ruime verzakingsmogelijkheid doet reeds vragen rijzen omtrent het openbareordekarakter van de reserve.

b.4. De Erfrechtverordening

Artikel 79 WIPR³²³ bepaalt dat men de vererving van al zijn goederen kan onderwerpen aan het recht van een bepaalde staat waarvan men bij zijn overlijden de nationaliteit heeft of waarin men zijn gewone verblijfplaats had. De aanwijzing kan er echter niet toe leiden, dat een erfgenaam zijn recht

betreffende toekomstige nalatenschappen?”, in C. CASTELEIN, A.-L. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële actualiteit 2010-2011*, Brussel, Larcier, 2011, 226-227.

³²⁰ Civ. 1re 10 juillet 1996, *Bull.civ. I*, n° 315; *JP* 1997, I, 4021; Civ. 1re 20 janvier 1987, *Bull.civ. I*, n° 20.

³²¹ Zie Gent 9 mei 1950, *Pas.* 1950, II, 96; J. VERSTRAETE, “De vervroegde verzaking aan de reserve” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel III Voorstellen*, Brussel, Bruylant, 2000, 59; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 886.

³²² Zie ook wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 33.

³²³ Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* 27 juli 2004.

verliest op een voorbehouden erfdeel dat hem krachtens het artikel 78 WIPR toepasselijke recht wordt gewaarborgd.

Een gelijkaardige bepaling als de laatste zinsnede van artikel 79 WIPR vindt men in de Europese Erfrechtverordening³²⁴ niet terug.³²⁵ Dit heeft tot gevolg dat het voorbehoud van artikel 79 WIPR vanaf 17 augustus 2015³²⁶ zal moeten wijken voor de verordening, gelet op de rechtstreekse werking van dit laatste instrument.³²⁷ Op het vlak van de reserve kan dit verre gaande gevolgen hebben. De rechtskeuze zal immers gevolgen hebben, ook al verschilt het beschermde erfrecht in het gekozen land of is dit beschermde erfrecht daar zelfs onbestaande.³²⁸

Om rechtsmisbruik te voorkomen³²⁹ bepaalt overweging 38 van de considerans bij de verordening dat de keuze beperkt wordt tot het recht van een staat waarvan de burger die de keuze maakt, de nationaliteit bezit. Deze regel impliceert echter, dat iemand met de nationaliteit van een staat die geen regeling kent omtrent het voorbehouden gedeelte en met gewone verblijfplaats in België, afbreuk kan doen aan de Belgische reserve. Hij zou immers een erfkeuze kunnen maken voor het erfrecht van de eerstgenoemde staat en daarbij de naar Belgisch recht reservataire erfgenamen maximaal onterven. Aangezien de Erfrechtverordening geen voorbehoud kent met betrekking tot het voorbehouden gedeelte, kunnen de Belgische reservataire erfgenamen geen beroep doen op hun Belgische reserve.

Mogelijks zou de Belgische reservataire erfgenaam zich kunnen beroepen op de openbareordeclausule in artikel 35 van de Erfrechtverordening. Hierin staat te lezen, dat de toepassing van een bepaling van ongeacht welk bij deze Erfrechtverordening aangewezen recht slechts terzijde kan worden gesteld, indien dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van het forum. De Engelse versie van de Ontwerpverordening van 2009 bepaalde

³²⁴ Verordening van het Europees Parlement en de Raad nr. 650/2012 van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid,

het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van

een Europese erfrechtverklaring, Pb. L. 27 juli 2012, afl. 201, 107.

³²⁵ Zie E. GOOSSENS en A.-L. VERBEKE, “De Europese Erfrechtverordening” in G. VAN CALSTER (ed.), *Themis internationaal privaatrecht*, 76, Brugge, die Keure, 2012, 118-119, nr. 28; P. WAUTELET, “Europees IPR-erfrecht: wat zit er in voor de estate planner”, *TEP* 2009, 322, nr. 431.

³²⁶ Datum van inwerkingtreding van de Erfrechtverordening (artikel 84 Erfrechtverordening).

³²⁷ M. MUYLLE, “De ontwerpverordening erfrecht, dynamiet onder de Belgische reserve? Erfrecht in internationaal privaatrechtelijk perspectief” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 261.

³²⁸ E. GOOSSENS en A.-L. VERBEKE, “De Europese Erfrechtverordening” in G. VAN CALSTER (ed.), *Themis internationaal privaatrecht*, 76, Brugge, die Keure, 2012, 120, nr. 31.

³²⁹ Men wil vermijden dat een recht wordt gekozen met het loutere doel de erfgenamen die recht hebben op een wettelijke erfdeel, te kort te doen in hun legitieme verwachtingen.

in artikel 27: “ [...] *the application of a rule of the law determined by this Regulation may not be considered to be contrary to the public policy of the forum on the sole ground that its clauses regarding the reserved portion of an estate differ from those in the forum*”.³³⁰ Bovendien wordt in de toelichting van de Ontwerpverordening van 2009 bepaald: “*Slechts uitzonderlijk mag een beroep worden gedaan op het begrip openbare orde. Een verschil tussen de rechtstelsels betreffende de bescherming van de legitieme belangen van de naaste verwanten van de overledenen kan het inroepen ervan niet rechtvaardigen. Dat zou onverenigbaar zijn met de doelstelling om op alle goederen in de nalatenschap één enkel rechtstelsel toe te passen*”.³³¹

Hieruit kan men afleiden, dat de Europese wetgever de regeling omtrent de reserve van de verschillende lidstaten niet van openbare orde achtte. In de uiteindelijk aangenomen versie van de Erfrechtverordening heeft men dit tweede lid van het vroegere artikel 27 echter niet overgenomen in het nieuwe artikel 35, dat thans de openbareordebepaling bevat. Men kan zich afvragen of de toelichting nog wel kan gelden bij het huidige artikel 35.

GOOSSENS en VERBEKE stellen, dat men geen beroep kan doen op de internationale openbare orde om zijn Belgische reserve op te eisen. Deze auteurs zijn immers van oordeel, dat de Belgische reserve zelfs niet van openbare orde is naar intern Belgisch recht. *A fortiori* kan zij dan ook niet van internationale openbare orde zijn. De internationale openbare orde, die in de eerste plaats wordt bepaald door het nationale recht, is immers een enger begrip dan de interne openbare orde.³³² Het antwoord op de vraag blijft echter afhangen van het antwoord op de discussie of de reserve naar intern recht (nu nog steeds) van openbare orde, dan wel ‘slechts’ van dwingend recht is. Ook de Franse rechtsleer stelt zich dezelfde vragen en de meningen zijn verdeeld.³³³ Meerdere auteurs zijn de mening toegedaan dat de reserve tot de internationale openbare orde behoort.³³⁴ Volgens REVILLARD, daarentegen, is een keuze voor een rechtstelsel dat geen reserve kent, op zichzelf niet strijdig met de openbare orde. Zij wijst op het feit dat het Franse Hof van Cassatie tot dusver nog nooit heeft geoordeeld dat de afwezigheid van een reserve strijdig zou zijn

³³⁰ Hoewel deze bepaling exact het tegenovergestelde zei van de Nederlandse versie, mag worden uitgegaan van de juistheid van de Engelse versie.

³³¹ Toelichting, Voorstel van 14 oktober 2009 voor een Verordening van het Europees Parlement en de raad betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en authentieke akten op het gebied van erfopvolging en betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring, 2009/0157 (COD), 7-8.

³³² E. GOOSSENS en A.-L. VERBEKE, “De Europese Erfrechtverordening” in G. VAN CALSTER (ed.), *Themis internationaal privaatrecht*, 76, Brugge, die Keure, 2012, 121-122, nr. 36.

³³³ G. CARDUCCI, “Le règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 : ses principales nouveautés pour les successions internationales dans l'UE”, *JCPG n° 19*, 2013, 960.

³³⁴ M. GRIMALDI, “Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire”, *Defrénois* 2012, 755, n° 7; S. GODECHOT-PATRIS in H. CAPITANT (ed.), *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Les successions*, Brussel, Bruylant, 2012, 673 ev.

met de openbare orde.³³⁵ LAGARDE oordeelt in dezelfde zin.³³⁶ Volgens deze auteur dient geval per geval onderzocht te worden of een dergelijke keuze onaanvaardbare gevolgen heeft.³³⁷

In een arrest van 4 mei 1950 heeft het Belgische Hof van Cassatie meer duidelijkheid gecreëerd omtrent het onderscheid tussen interne en internationale openbare orde. Het Hof oordeelde dat “*een wet van innerlijke openbare orde slechts van privaats internationale openbare orde is voor zoveel de wetgever door de bepalingen van die wet een principe heeft willen huldigen dat hij als hoofdzakelijk voor de gevestigde zedelijke, politieke of economische orde beschouwt en om deze reden, naar zijn mening, noodzakelijk in België*”.³³⁸ De internationale openbare orde is dus beperkter dan de interne openbare orde.

Het begrip internationale openbare orde wordt functioneel ingevuld, waarbij in elk geval rekening wordt gehouden met het concrete resultaat van de toepassing van de betrokken bepaling van vreemd recht.³³⁹

Een nadere toelichting van het begrip internationale openbare orde kan gebeuren aan de hand van drie kenmerken.

Vooreerst is de internationale openbare orde een evolutief begrip³⁴⁰, zoals dat ook geldt voor de interne openbare orde. Zij is actueel, wat inhoudt, dat moet gekeken worden naar de opvattingen omtrent het begrip zoals zij gelden op het ogenblik waarop een beroep wordt gedaan op exceptie van openbare orde.³⁴¹

Een tweede kenmerk betreft de relativiteit van de internationale openbare orde. Deze relativiteit impliceert dat de ingreep van de exceptie strenger of minder

³³⁵ M. REVILLARD, “Fasc. 2830 : Règlement (UE) N° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 - relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen”, *JurisClasseur Europe Traité* 2013.

³³⁶ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions” in *Revue critique de droit international privé*, Prijs, Dalloz, 2012, 709-710.

³³⁷ Als voorbeeld haalt hij de situatie aan waarin een jong kind of een kind dat nog studeert, in geldnood raakt als gevolg van de rechtskeuze voor een rechtsstelsel dat geen reserve kent.

³³⁸ Cass. 4 mei 1950, *Arr.Cass.* 1950, 557; *Pas.* 1950, I, 624.

³³⁹ J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ en P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 113.

³⁴⁰ Zo wordt de erkenning van een in overspel verwekt kind thans niet langer als strijdig met de internationale openbare orde geacht, hoewel dat tot 1958 nog wel het geval was (zie A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht, een inleiding*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 36).

³⁴¹ J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ en P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 113.

streng wordt, afhankelijk van de mate van intensiteit waarmee de situatie bij de Belgische samenleving of rechtsorde aansluit.³⁴²

Het laatste kenmerk is dat de internationale openbare orde ook nationaal gekleurd is. Een bepaling kan in België slechts terzijde worden geschoven, indien zij strijdig is met de *Belgische* internationale openbare orde. Dit verhindert echter niet, dat deze Belgische internationale openbare orde ten dele internationaal wordt ingevuld. Om de inhoud van deze internationale openbare orde te bepalen wordt immers gekeken naar het Belgische materieel recht wat ook internationale verdragen omvat.³⁴³

Afhankelijk van het karakter dat in het nationale recht wordt toegekend aan de reserve, zou men kunnen stellen dat een beroep op de exceptie van openbare orde mogelijk is. Aangezien naar Belgisch recht hieromtrent verschillende stellingen worden verdedigd zal het wachten zijn tot het Hof van Justitie een oordeel velt over wat voor de toepassing van artikel 35 van de Erfrechtverordening onder het begrip ‘openbare orde’ dient te worden verstaan.³⁴⁴ Ook artikel 21 WIPR, dat de nationale openbareordebepaling bevat, zal aan de kant worden geschoven door artikel 35 van de Europese Erfrechtverordening.

Als argument *contra* het openbareordekarakter van de reserve kan het tellen dat de Europese wetgever het niet toeliet een beroep te doen op de openbareordeclausule om een inbreuk op de reserve tegen te gaan. Volgens de Europese wetgever prevaleerde de doelstelling om op alle goederen slechts één recht toe te passen op het recht van de reservataire erfgenamen op hun reserve. Zoals MUYLLE aangeeft, zal iemand die een dubbele Belgische en Nederlandse nationaliteit bezit en goederen heeft in België, zijn kinderen verdergaand kunnen onterven dan iemand die louter de Belgische nationaliteit bezit.³⁴⁵ De vraag rijst dan of beide categorieën personen (met beide nationaliteiten dan wel iemand met slechts de Belgische nationaliteit) dienen te worden behandeld als in een gelijke situatie. Is dit het geval, dan is het moeilijk vol te houden dat iemand in het eerste geval geen beroep kan doen op het openbareordekarakter van de reserve om als reservataire zijn erfrechtelijke aanspraken gehonoreerd te zien, terwijl in het tweede geval dat wel zou kunnen, daar deze van openbare orde zou zijn naar Belgisch recht.

³⁴² Zie J. ERAUW, *Beginselen van Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 119.

³⁴³ J. ERAUW en M. FALLON, *De nieuwe wet op het Internationaal Privaatrecht. Wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 109; J. ERAUW, *Beginselen van Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 114.

³⁴⁴ E. GOOSSENS en A.-L. VERBEKE, “De Europese Erfrechtverordening” in G. VAN CALSTER (ed.), *Themis internationaal privaatrecht*, 76, Brugge, die Keure, 2012, 121, nr. 35.

³⁴⁵ M. MUYLLE, “De ontwerpverordening erfrecht, dynamiet onder de Belgische reserve? Erfrecht in internationaal privaatrechtelijk perspectief” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 261.

3.2.5. De mening van de burger

De bevolking zelf huldigt ook steeds minder vaak de idee van een dwingende reserve, laat staan van een reserve die van openbare orde is. Waar eind jaren 90 van de vorige eeuw dezelfde vraag werd gesteld in een onderzoek van de KFBN en het antwoord grotendeels negatief was, blijkt uit een enquête van *de Tijd* van 26 oktober 2012 dat een overgrote meerderheid van de 1000 ondervraagden geen probleem ziet in een mogelijkheid om de kinderen te onterven en daarop zelfs overwegend positief reageerde. Wel moet worden opgemerkt, dat de meesten onder hen vinden, dat deze mogelijkheid slechts in welbepaalde gevallen moet worden opengesteld.³⁴⁶ Op 22 november 2013 werd de vraag opnieuw gesteld aan een 800-tal personen. Meer specifiek ging het om de vraag of ouders volledig vrij moeten kunnen beslissen aan wie ze hun opgebouwd vermogen nalaten en of ouders hun kinderen volledig moeten kunnen onterven. De helft van de personen met inwonende kinderen antwoordde bevestigend. Bij de personen zonder inwonende kinderen was dat 39%. Globaal ziet 42% van de ondervraagden een afschaffing van het voorbehouden gedeelte wel zitten. Daarbij valt op, dat vooral de oudere groep ondervraagden het daar moeilijker mee had.³⁴⁷

Men mag zich echter niet blind staren op de resultaten van dit onderzoek. Het betreft ‘slechts’ een steekproef waarin werd gepeild naar de mening van een relatief kleine groep ondervraagden. In samenhang gelezen met de overwegingen in het wetsvoorstel waarbij wordt gesteld, dat de voorgestelde wijzigingen beantwoorden aan de maatschappelijke noden en de maatschappelijke vragen, kan men nochtans niet anders dan concluderen, dat de mening van de burger eerder evolueert naar een afzwakking van de reserve ten voordele van de beschikkingsvrijheid van de erflater.

Een rechtsregel dient een weerspiegeling te zijn van een billijke evenwicht tussen de belangen van eenieder die ermee wordt geconfronteerd, kortom het volk.³⁴⁸ Ook bij de reserve staan verschillende conflicterende belangen tegenover elkaar. Enerzijds is er het belang van familieleden van de *decius* om een deel van zijn vermogen te verwerven. Bovendien speelt het belang van gelijke behandeling in hoofde van hoofdzakelijk de afstammelingen van de *decius*. Met deze belangen conflicteert een belang van de *decius* zelf,

³⁴⁶ Zie J. VAN HOUTTE, G. FRANSEN en W.V. WAMBEKE, “De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve” in KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel II Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 76; http://www.tijd.be/dossier/vwhg_successie/Kinderen_onterven_ geen_taboe_voor_driekwart_Belg_en.9260456-7073.art?highlight=onterven.

³⁴⁷ Zie http://www.tijd.be/dossier/weekvanhetgeld2013/Helft_ouders_wil_vrij_beslissen_over_erfenis.9433822-7497.art?highlight=onterven.

³⁴⁸ Zie A.-L. VERBEKE, “Recht is balans is een werkwoord”, *RW* 2000-01, 969.

namelijk zijn beschikkingsvrijheid.³⁴⁹ In het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 blijkt deze beschikkingsvrijheid het meer en meer te halen op de andere belangen.³⁵⁰

Uit het voorgaande blijkt duidelijk, dat de maatschappij evolueert. In een kleine vijftien jaar veranderde de gedachtegang van de bevrageden van een meerderheid die tegen onterving van de kinderen is naar een meerderheid – of in sommige gevallen een gelijk gebleven aantal bevrageden – die daar geen probleem meer in ziet. Bovendien lijkt de jongere generatie eerder voorstander van een afschaffing dan de oudere generatie. Als een dergelijke ommekeer in de gedachtegang zich heeft voorgedaan op een dergelijk korte tijdspanne, kan men zich de vraag stellen of ook het openbareordekarakter van de reserve aan herziening toe is. Dit karakter zou ruim 200 jaar standhouden. Het is niet ondenkbaar, dat de maatschappij sindsdien dermate is geëvolueerd, dat de kwalificatie van de reserve als van openbare orde voorbijgestreefd is. Het antwoord op de uitgevoerde enquêtes wijst in die richting. Het feit dat een meerderheid geen probleem ziet het erfrecht in bepaalde gevallen aan kinderen te ontnemen, impliceert, dat een meerderheid van de bevrageden geen probleem ziet in een soepelere reserve. Vasthouden aan de kwalificatie van de reserve als van openbare orde zou vanuit die invalshoek dan ook contradictorisch zijn. Het is niet het opzet van deze werk te pleiten voor een afschaffing van de reserve of een onbepaalde mogelijkheid tot verzaking eraan. Dat zou ook geen weerspiegeling zijn van de wens van de meerderheid van de bevolking. Een reserve van openbare orde zou evenwel *nooit* vatbaar zijn voor afstand, ongeacht of er valabele redenen toe zijn. En het is die opvatting die niet strookt met de opvatting van de burger. Een onbepaalde mogelijkheid tot verzaking kan niet de bedoeling zijn. Een onmogelijkheid tot verzaking evenmin.

3.2.6. De gevolgen van de kwalificatie als van openbare orde zijn onverenigbaar met de kenmerken van de reserve en de vordering tot inkorting.

In dit deel worden de kenmerken van de reserve en het instrument tot bescherming ervan, de vordering tot inkorting, getoetst aan de gevolgen van de kwalificatie van de reserve als van openbare orde, dan wel van dwingend recht. Het is de bedoeling om op die manier na te gaan welke kwalificatie het best aansluit bij deze kenmerken.

³⁴⁹ Zie A.-L. VERBEKE, “Recht is balans is een werkwoord”, RW 2000-01, 974; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1988, 197; M.A.M. DEMANTE, *Cours de droit civil français*, Brussel, Société Typographique Belge, 1838, 270.

³⁵⁰ “Het voorstel om de reserve van de kinderen in omvang te beperken, mede omdat er een sterke maatschappelijke vraag is om de ouders meer vrijheid te gunnen om zelf aan te wijzen hoe hun vermogen na hun overlijden zal overgaan, zonder al te veel inmenging van de wetgever” (wetsvoorstel (M. TAELMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St. Senaat* 2012-2013, nr. 5-2207/1, 11).

a. de inroepbaarheid van de schending van de reserve

Overeenkomstig artikel 920 BW kunnen giften die het beschikbaar deel overschrijden, na het openvallen van de nalatenschap worden ingekort. In artikel 921 BW wordt het personele toepassingsgebied van de vordering tot inkorting beperkt. De inkorting kan slechts worden gevorderd door degenen aan wie de wet een voorbehouden erfdeel toekent en door hun erfgenamen of rechtverkrijgenden.³⁵¹ Deze bepaling impliceert, dat het om een persoonlijk betwistingsrecht gaat van de reservataire erfgenaam wiens voorbehouden deel werd geschonden.³⁵² Ook in het Franse recht is de mogelijkheid om een schending van zijn reserve in te roepen beperkt tot de reservataire erfgenaam om wiens reserve het gaat.³⁵³

Een openbareordekwalificatie van de reserve strook niet met dit kenmerk van de vordering tot inkorting. Indien men bepleit, dat de reserve van openbare orde is, dan moet de vordering tot inkorting openstaan voor iedereen die een belang heeft.³⁵⁴ In de tweede zinsnede van artikel 921 BW wordt bepaald, dat de begiftigden, de legatarissen en de schuldeisers van de overledene de vordering tot inkorting niet kunnen instellen, noch er enig voordeel uit halen. Nochtans hebben (bepaalde van) deze personen er absoluut belang bij, dat de vordering tot inkorting wordt ingesteld. Stel dat de goederen die bij overlijden van de erflater in zijn nalatenschap aanwezig zijn, onvoldoende zijn om de schulden van de erflater te voldoen. In dat geval zou een schuldeiser van de erflater er belang bij hebben om de vordering tot inkorting in te stellen, indien het beschikbaar deel is overschreden. Op die manier zou hij immers zijn onderpand kunnen verruimen. Hetzelfde geldt voor een algemene legataris. Die zou door de vordering tot inkorting in te stellen zijn aanspraken kunnen verruimen. Ook een begiftigde kan er belang bij hebben de vordering tot inkorting in te stellen, indien blijkt, dat de gift die aan hem werd gedaan eerder al aan een reservataire erfgenaam werd gedaan en waarbij het beschikbaar deel werd overschreden.

De inkorting kan louter worden gevorderd door de beschermde personen, namelijk de reservataire erfgenamen. De uitbreiding tot hun erfgenamen en

³⁵¹ Zie ook Luik 9 januari 2007, *JLMB* 2007, 742; *JT* 2007, 278; Bergen 18 september 2008, *Rev.not.b.* 2009, 328; Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 612.

Deze twee laatste kunnen de vordering tot inkorting uiteraard slechts instellen voor zover de reservataire erfgenaam daar zelf niet aan heeft verzaakt en voor zover de verjaring nog niet is ingetreden (M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX en N. GEELHAND, *Giften – Het voorbehouden deel (Partim II)*, *TPR* 2013, 885).

³⁵² Zie R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 176-177; W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 401, nr. 1095; W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1025, nr. 1993.

³⁵³ Cass. fr. civ. 1re 10 juni 1975, *Hopp*, *Bull. civ.* I, nr. 193; *JCP* 1975.II.18141, noot R. SAVATIER; *Defrénois* 1975, art. 30986, noot G. MORIN.

³⁵⁴ M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 201; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I. Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1939, nr. 97.

rechtverkrijgenden is logisch, aangezien zij in de rechten treden van de reservataire erfgenamen. Een kwalificatie van de reserve als van dwingend recht zou dan ook beter aansluiten bij dit kenmerk van de reserve, aangezien een schending van een bepaling van dwingend recht slechts kan worden ingeroepen door de personen wiens belangen door de wet worden beschermd of door hun wettelijke vertegenwoordigers.³⁵⁵ Ook het feit dat de schuldeisers van de reservataire erfgenamen, bij stilzitten van deze laatsten, de vordering tot inkorting kunnen instellen middels een zijdelingse vordering³⁵⁶, is perfect verenigbaar met de dwingendrechtelijke kwalificatie van de reserve.³⁵⁷ Artikel 921 BW lijkt dan ook impliciet te bepalen, dat de reserve van dwingend recht is, of minstens, dat zij de kenmerken vertoont van een rechtsfiguur van dwingend recht.

De vraag rijst of de traditionele stelling volledig onverenigbaar is met dit kenmerk. Artikel 920 BW bepaalt immers, dat de inkorting slechts kan worden gevorderd na het openvallen van de erfenis. Bijgevolg kan dit kenmerk van de reserve enkel worden getoetst tegen de kwalificatie die aan de reserve wordt gegeven in de periode na het openvallen van de nalatenschap. Aangezien de traditionele stelling betoogt, dat in die periode de reserve van dwingend recht is, strookt ook deze stelling met dit kenmerk van de reserve. Nochtans is een dergelijke – kunstmatige – opdeling in periodes niet nodig, indien de reserve over de hele lijn wordt beschouwd als van dwingend recht. De reserve over de hele lijn beschouwen als van openbare orde is in ieder geval onverenigbaar met dit kenmerk.

b. een bescherming van rechtswege?

De reservataire erfgenamen beschikken over een aanvechtingsrecht, wat impliceert dat zij zich op hun reservataire bescherming moeten beroepen.³⁵⁸ Van een bescherming van rechtswege is geen sprake.³⁵⁹ Indien de erflater

³⁵⁵ M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 201; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I, Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1939, nr. 98.

³⁵⁶ R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 1383; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 98.

³⁵⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1 – Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 319, nr. 327; M. DUPONT, “Nullité absolue et nullité relative” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 65, nr. 27.

³⁵⁸ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 176; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr 1513.

³⁵⁹ Cass. 12 april 1892, *Pas.* 1892, I, 174; Cass. fr. 10 juli 1860, *S.* 1860, I, 905; R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 176; R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, VII Testamenten*, Mechelen, Kluwer, 2012, 341; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 481; W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903; C. SLUYTS, “Inbreng en

overdreven giften heeft gedaan waardoor de reserve wordt aangetast, dienen de reservataire de inkorting te vorderen.³⁶⁰ Dat blijkt ook uit artikel 920 BW: “beschikkingen [...] kunnen³⁶¹ na het openvallen van de erfenis [...] ingekort worden”.

Het feit dat de reservataire erfgenamen zich dienen te beroepen op hun reserve, betekent verder ook, dat de rechter een schending van hun reserve niet ambtshalve mag opwerpen.³⁶² In die zin kan de openbareordekwalificatie van de reserve niet worden gevolgd. Wordt een bepaling van openbare orde geschonden, dan moet de rechter de nietigheid immers ambtshalve vaststellen.³⁶³ Opnieuw lijkt de tweede stelling, die het dwingendrechtelijke karakter van de reserve bepleit, te zegevieren. Bij een bepaling van dwingend recht is het immers zo dat de beschermde persoon – *in casu* de reservataire erfgenaam – zich dient te beroepen op de nietigheid. Dat het feit dat de bescherming niet van rechtswege speelt moeilijk te verzoenen valt met het openbareordekarakter van de reserve, zien ook de auteurs die dit openbareordekarakter ervan bepleiten, in. Het vormt immers één van de redenen waarom zij de reserve een dwingendrechtelijk karakter toekennen na het openvallen van de nalatenschap.³⁶⁴

Andermaal kan worden vastgesteld, dat aangezien de vordering tot inkorting slechts na het openvallen van de nalatenschap kan worden ingesteld, de traditionele stelling verenigbaar is met dit kenmerk. Opnieuw kan echter worden opgemerkt dat de – kunstmatige – opdeling in periodes niet nodig is, indien men de reserve over de hele lijn een dwingendrechtelijk karakter toekent. Ook hier moet worden vastgesteld dat de reserve over de hele lijn beschouwen als van openbare orde onverenigbaar is met dit kenmerk.

inkorting. De problematiek van de waardeschommelingen” in W. PINTENS en B. VANDERMEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1993, 19; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1988, 205-206; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 177; H. DEKKERS, *Précis de droit civil belge, Tome III*, Brussel, Bruylant, 1955, 835; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome V*, Parijs, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1933, 97; M.A.M. DEMANTE, *Cours de droit civil français*, Brussel, Société Typographique Belge, 1838, 274.

³⁶⁰ Rb Brussel 22 april 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, 22, nr. 26.245, noot E. DE WILDE D’ESTMAEL.

³⁶¹ Eigen onderlijning.

³⁶² Zie M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 201; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

³⁶³ Zie F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2744, nr. 40; M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 201; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

³⁶⁴ W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

De bovenstaande redenering geldt echter enkel onbetwist in het geval de erflater schenkingen verrichte die het beschikbaar deel overtreffen. Of deze redenering ook geldt bij legaten is betwist. DILLEMANS meent in artikel 925 BW³⁶⁵ een argument te vinden op basis waarvan de inkorting bij legaten niet dient te worden gevorderd. Hij gaat uit van een letterlijke lezing en komt tot de conclusie dat de wetgever klaar en duidelijk stelt, dat de overdreven legaten ‘vervallen’ en niet dat zij ‘verminderbaar’ zouden zijn.³⁶⁶ SLUYTS en DU FAUX zijn daarentegen van oordeel dat ook voor de inkorting van legaten het initiatief van de reservataire erfgenamen vereist is en dat deze inkorting niet automatisch geschiedt.³⁶⁷ Ook BARBAIX en VERBEKE zijn van oordeel dat de reservataire erfgenamen in een schending van hun reserve kunnen ‘berusten’ door het legaat, zonder enig voorbehoud en op vraag van de legatarissen, alsnog uit te keren.³⁶⁸ Meerdere gezaghebbende auteurs zijn dezelfde mening toegedaan.³⁶⁹ VERBEKE spreekt dan ook van een ‘wilsrecht’.³⁷⁰ De reserve impliceert geen bevoegdheidsbeperking, maar geeft aan de reservataire een aanvechttingsrecht. Slechts door zich effectief op dit aanvechttingsrecht te beroepen zien zij hun reservataire aanspraken gehonoreerd.³⁷¹ Bijgevolg kan men, na het overlijden van de erflater, verzaken aan de reserve of berusten in een schending ervan. Uit het voorgaande leidt VERBEKE – terecht – af dat de reserve niet van openbare orde kan zijn.³⁷²

Deze tweede opvatting verdient de voorkeur. Het valt moeilijk in te zien, dat de reservataire erfgenamen wel zouden kunnen verzaken aan de vordering tot inkorting, indien de erflater overdreven schenkingen onder de levenden heeft gedaan, maar niet indien legaten het beschikbaar deel overschrijden. De

³⁶⁵ Artikel 925 BW luidt: ‘Wanneer de waarde van de schenkingen onder de levenden het beschikbaar gedeelte overschrijdt of daarmee gelijk is, vervallen alle beschikkingen bij testament’.

³⁶⁶ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 178.

³⁶⁷ C. SLUYTS, “Inbreng en inkorting. De problematiek van de waardeschommelingen” in W. PINTENS en B. VANDERMEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1993, 20; H. DU FAUX, “Commentaar bij art. 913 BW” in *Comm. Erf.*, 1988, nr. 2.

³⁶⁸ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginnelsen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 228.

³⁶⁹ R. BARBAIX en B. VERDICKT, “De ontdekking van de vermorde schenking. Het Hof van Cassatie bevestigt de klassieke opvatting”, *T.Not.* 2011, 442, nr. 6; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1024, nr. 1991; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 840, nr. 1390; A.-C. VAN GYSEL (ed.), *Précis du droit des successions et des libéralités*, Brussel, Bruylant, 2008, 457; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 336-338, nr. 263-264; H. DU FAUX, “Commentaar bij art. 913 BW” in *Comm. Erf.*, 1988, 2, nr. 2; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, 1680-1681, nr. 1513-1514.

³⁷⁰ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 80; A. VERBEKE, “Belgisch reservatair erfrecht”, *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2002, nr. 2, 25.

³⁷¹ Dit wilsrecht impliceert met andere woorden dat de reserve slechts uitwerking krijgt door de eenzijdige wilsuiging van de reservataire erfgenamen (R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Kernbegrippen Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 158).

³⁷² A. VERBEKE, “Belgisch reservatair erfrecht”, *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2002, nr. 2, 25.

praktische ‘uitvoering’ van de verzaking is weliswaar verschillend. Bij een schenking onder de levenden is de eigendom al overgedragen, zodat een verzaking aan de vordering tot inkorting geen actieve daad meer vereist. Bij een legaat daarentegen geschiedt de eigendomsoverdracht pas na het overlijden van de *decius* en is voor de verzaking wel een actieve daad vereist, met name de afgifte van het voorwerp van het legaat aan de legataris.

c. mogelijkheid tot berusting?

De reservataire erfgenamen beschikken over een betwistingsrecht wat impliceert, dat zij niet verplicht zijn om kwantitatieve of kwalitatieve aantastingen van hun reserve door de erflater aan te vechten.³⁷³ Na het openvallen van de nalatenschap kunnen zij verzaken aan de vordering tot inkorting.³⁷⁴ Een dergelijke verzaking kan zelfs impliciet gebeuren op voorwaarde dat zij blijkt uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn.³⁷⁵ Dit strookt met het individuele karakter van het betwistingsrecht. Iedere erfgenaam beschikt over een individuele keuze of hij zijn (recht op de) reserve al dan niet opeist. Bovendien heeft de uitoefening van de vordering tot inkorting enkel gevolgen voor de reservataire erfgenaam die de vordering tot inkorting heeft ingesteld.³⁷⁶

Er weze hier nogmaals op gewezen, dat een bepaling van openbare orde niet vatbaar is voor afstand of berusting.³⁷⁷ Het feit dat men, na het openvallen van de nalatenschap, kan verzaken aan de vordering tot inkorting is bijgevolg onverenigbaar met de openbareordekwalificatie van de reserve.³⁷⁸ Aangezien deze verzaking in beginsel enkel mogelijk is na het openvallen van de nalatenschap, kan zij bij een opdeling van het karakter van de reserve echter enkel betekenen, dat het openbareordekarakter van de reserve niet meer kan worden aanvaard, indien wordt gesproken over de periode *na* het openvallen

³⁷³ R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 341; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 281-282, nr. 226; H. DU FAUX, “Commentaar bij art. 913 BW” in *Comm. Erf.*, 1988, nr. 2.

Dat blijkt opnieuw uit het gebruik van het woord ‘kunnen’ in artikel 920 BW en het woord ‘kan’ in artikel 921 van hetzelfde wetboek.

³⁷⁴ Zie o.a. Cass. 3 mei 1867, *Pas.* 1867, I. 320; Bergen 15 september 1992, *Rev.not.b.* 1995, 22; Rb. Luik 7 maart 1994, *Pas.* 1993, III, 80.

³⁷⁵ Zie o.a. Bergen 15 april 1994, *Rev.not.b.* 1994, 560; Bergen 15 september 1992, *Rev.not.b.* 1995, 22; Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 602.

³⁷⁶ R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 341-342.

³⁷⁷ Zie Cass. 31 oktober 2008, C.06.0445.N Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSSELMANS; Cass. 10 maart 1994, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; M. VAN HOECKE, B. BOUCKAERT en P. THION, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2011, 201; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, I, Personenrecht – familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-25, nr. 30.

³⁷⁸ Zie in die zin onder meer ook R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 180, nr. 400; A. VERBEKE, “Belgisch reservataire erfrecht”, *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2002, nr. 2, 25. Zie ook de uitzettingen van CASMAN bij de bespreking van de Wet Valkeniers.

van de nalatenschap. Zoals hoger vermeld hebben ook de auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten dit onder ogen gezien. Zij betogen immers dat de reserve dit openbareordekarakter zou verliezen na het openvallen van de nalatenschap.³⁷⁹ Andermaal kan worden opgemerkt, dat er geen nood is aan een opsplitsing van het karakter van de reserve in de periode vóór en na het openvallen van de nalatenschap, indien de reserve over de hele lijn een karakter van dwingend recht krijgt toegeschreven. Van een bepaling van dwingend recht kan immers worden afgeweken, nadat het recht is ontstaan.³⁸⁰ Welnu, het recht op de reserve ontstaat pas op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap.³⁸¹ Vanaf dat moment kan men dus afstand doen van de reservataire bescherming door te verzaken aan de vordering tot inkorting.

In het Belgische recht zijn er nochtans een aantal gevallen waarin de reservataire erfgenamen ook vóór het openvallen van de nalatenschap aan hun vordering tot inkorting kunnen verzaken. Hierboven is reeds uiteengezet, dat dit onder meer kan gebeuren door toepassing van artikel 918 BW.³⁸² Deze mogelijkheden voor de reservataire erfgenamen om anticipatief aan hun vordering tot inkorting te verzaken, zetten bijgevolg ook het openbareordekarakter van de reserve voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap onder druk. Het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 voorziet bovendien in een (aanzienlijke) verruiming van (het toepassingsgebied van) deze mogelijkheden.

Zou men naar Belgisch recht nog kunnen bepleiten, dat de reserve vóór het openvallen van de nalatenschap van openbare orde is, dan is dit alleszins niet (langer) mogelijk in het Franse recht. De wet van 23 juni 2006 heeft het de reservataire erfgenamen immers mogelijk gemaakt om met het akkoord van de *decius* en vooraleer de nalatenschap is opengevallen, te verzaken aan de vordering tot inkorting.³⁸³ Men kan moeilijk het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, indien de reservataire erfgenamen aan deze reserve kunnen

³⁷⁹ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

³⁸⁰ B. TILLEMANS, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2008, 63; S. VAN WASSENHOVE, "La renonciation du droit du travail", *JTT* 2007, 410; I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. Proefschrift UGent, 2000, 709.

³⁸¹ Luik 7 december 1965, *JL* 1965-66, 129; Luik 25 februari 1947, *JL* 1948, 219; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1406B; R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard uitgeverij, 1971, 413, nr. 212; L. MAGUET, "Libéralités excédant la quotité disponible, renonciation par les réservataires à l'action en réduction, ses effets et ses dangers", *J. Not.* 1938, art. 39750; H. CAPITANT, "Du consentement par les héritiers réservataires à l'exécution des libéralités qui excèdent la quotité disponible", *J. Not.* 1932, art. 37120.

³⁸² Voor de langstlevende echtgeno(o)t(e) kan dit ook middels de Valkeniersclausule en artikel 1287 Ger.W. in het kader van een EOT.

³⁸³ Deze mogelijkheid noemt men ook de 'RAAR' oftewel 'la renonciation anticipée à l'action en réduction' en vindt men terug in artikel 929 Code civil.

verzaken, zelfs vooraleer de nalatenschap is opengevallen. Sommige auteurs bepleiten echter, dat door de ‘RAAR’ een erfgenaam geen afstand doet van zijn reserve, maar slechts van het recht om de vordering tot inkorting in te stellen, indien deze reserve wordt aangetast. Deze afstand kan beperkt worden tot een aantal rechtshandelingen die de reserve aantasten. Zij kan echter ook slaan op alle rechtshandelingen die een inbreuk plegen op de reserve, wat *de facto* neerkomt op een afstand van de reserve.³⁸⁴

Het lijkt aldus weinig ‘zinvol’ om de reserve nog te kwalificeren als van openbare orde, aangezien de kenmerken ervan duidelijk wijzen in de richting van dwingend recht. Waarom het karakter van de reserve opdelen in de periode vóór en na het openvallen van de nalatenschap opdat het karakter verenigbaar zou zijn met de kenmerken van de vordering tot inkorting? Waarom de reserve dan niet over de hele lijn een dwingendrechtkarakter toekennen?

3.2.7. Het verband tussen het karakter van het verbod van erfovereenkomsten en het karakter van de reserve

a. de verzaking aan de vordering tot inkortig als verboden erfovereenkomst: het openbareordekarakter van de reserve omwille van het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten?

Als argument ter verantwoording van het openbareordekarakter van de reserve wordt door de auteurs die de traditionele stelling bepleiten, naar voren gebracht dat de reserve de maatschappelijke en familiale organisatie aanbelangt.³⁸⁵ Nochtans is de reserve na het openvallen van de nalatenschap nog slechts van dwingend recht volgens diezelfde auteurs. Is het dan niet vreemd dat men oordeelt dat de reserve een familiale en maatschappelijke functie heeft, maar dat deze beperkt blijft tot de periode vóór het openvallen van de nalatenschap? Valt deze functie na het overlijden van de *de cuius* zomaar weg? Het feit dat de reservataire erfgenamen beschikken over een aanvechtingsrecht is geen garantie voor het realiseren van de bedoelde doelstellingen. Een reservataire erfgenaam kan immers ook na het openvallen van de nalatenschap onder druk worden gezet om zich, om eender welke reden, niet te beroepen op zijn aanvechtingsrecht. Is het niet juist de bedoeling van een bepaling van openbare orde om ervoor te zorgen dat deze bepalingen, die dermate van belang zijn voor de samenleving, hoe dan ook gehonoreerd worden? De oplossing om het karakter van de reserve te beoordelen kan mijns inziens dan ook niet liggen in een opsplitsing tussen de periode vóór en de periode na het openvallen van de nalatenschap. Oordeelt men dat de reserve vóór het openvallen van de nalatenschap dermate belangrijk is voor de (organisatie van de) familie en de maatschappij dat zij van openbare orde moet

³⁸⁴ S. FERRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 238-239.

³⁸⁵ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

zijn, dan dient men tot eenzelfde besluit te komen voor de periode na het overlijden van de erflater.

Bovendien werd eerder uiteengezet dat de maatschappelijke en familiale rol van de reserve uitgespeeld lijkt te zijn (althans in die mate dat zij het openbareordekarakter ervan kan verantwoorden). De reserve heeft de bescherming van de private belangen van de reservataire erfgenamen tot haar hoofddoel gemaakt. Dit wijst dus op een dwingendrechtelijk karakter.

De reden om het openbareordekarakter van de reserve te bepleiten voor de periode vóór het overlijden van de *decuius* moet dan ook steunen op andere redenen. Men kan moeilijk bepleiten dat de reserve op het moment dat ze uitwerking krijgt (*i.e.* na het openvallen van de nalatenschap), plots niet langer de familiale en maatschappelijke organisatie aanbelangt. Gelet op de argumentatie van de bedoelde auteurs zelf moet de reden mijns inziens gelegen zijn in het verband met (het karakter van) het verbod van erfovereenkomsten.

Het verbod van erfovereenkomsten en de reserve zijn nauw met elkaar verbonden.³⁸⁶ Eerder werd uiteengezet dat de motieven voor de invoering van de reserve en het verbod van erfovereenkomsten gedeeltelijk dezelfde zijn. Sommige van die motieven kunnen zelfs enkel door beide rechtsfiguren samen worden gerealiseerd. Bovendien vallen de uitzonderingen op het verbod van erfovereenkomsten en op de reserve grotendeels samen.

Een andere gelijkenis is dat het Hof van Cassatie lange tijd geleden zowel het openbareordekarakter van het verbod op erfovereenkomsten³⁸⁷ als dat van de reserve heeft bevestigd en dat dit relatief recentelijk in vraag wordt gesteld.

Tot slot moet worden opgemerkt dat een anticipatieve verzaking aan de reserve (door afstand te doen van de vordering tot inkorting) een verboden erfovereenkomst is.³⁸⁸

³⁸⁶ Dat blijkt ook uit de beperking van het wetsontwerp tot invoering van de Valkeniersovereenkomst waarin werd geoordeeld dat de reserve en het verbod van erfovereenkomsten samen dienen gelezen te worden: “*Het systeem van het voorbehouden erfdeel is gebaseerd op het feit dat in een emotioneel geladen sfeer de kans om beïnvloed en benadeeld te worden, veel groter is. Dat systeem moet samen worden gelezen met het verbod dat sedert 1804 bestaat, om overeenkomsten over toekomstige erfenissen te sluiten, ook in het kader van een huwelijkscontract. Dit zijn regels van openbare orde. Dit ontwerp is gebaseerd op een heel andere keuze, omdat het overeenkomsten over toekomstige erfenissen wel toestaat en voorstelt artikel 791 van het Burgerlijk Wetboek te wijzigen, dat gecombineerd moet worden met artikel 1130 van hetzelfde wetboek. Voor een tweede huwelijk wordt dus een uitzondering gemaakt op een regel van openbare orde*” (Verslag over het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in verband met het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1157/5, 17). Uit deze verklaring blijkt dat men van oordeel was dat de reserve en het verbod van erfovereenkomsten samen dienen te worden gelezen³⁸⁶.

³⁸⁷ Zie onder meer Cass. 28 november 1946, *Pas.* 1946, I, 449.

³⁸⁸ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 553.

Het al dan niet openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten heeft mogelijk (directe) gevolgen voor het karakter van de reserve. In de Franse rechtsleer heeft BRENNER hier overigens al op gewezen: “*Ce caractère d'ordre public de la réserve héréditaire fait en grande partie double emploi avec la prohibition des pactes sur succession future*”.³⁸⁹ Hij stelt dat zowel een beperking van de reservataire erfrechten door de erfflater als een verzaking aan de reserve door de reservataire erfgenamen onder dit verbod vallen. Een verzaking aan de reserve na het opvallen van de nalatenschap is daarentegen rechtsgeldig. Hij vervolgt: “*C'est d'ailleurs ce qui explique que les affirmations jurisprudentielles du caractère d'ordre public de la réserve héréditaire soient finalement restées assez rares en droit interne, ce caractère ayant été très largement masqué dans les faits par la prohibition des pactes sur succession future. À l'époque contemporaine, cette prohibition a cependant connu un net recul, la législation moderne lui ayant apporté des entorses très nombreuses dans le but de permettre la passation d'actes jugés socialement utiles ou économiquement opportuns, et ce mouvement de libéralisation des rapports successoraux a spécialement touché la réserve héréditaire dont le caractère d'ordre public s'est conséquemment affadi*”.³⁹⁰

Men kan zich afvragen in welke mate het karakter van het verbod van erfovereenkomsten het standpunt van de auteurs, die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, beïnvloedt. Omwille van het feit dat de reservataire erfgenamen, na het opvallen van de nalatenschap, aan hun vordering tot inkorting kunnen verzaken bepleiten deze auteurs enkel het openbareordekarakter van de reserve voor de periode vóór het opvallen van de nalatenschap: “*De reserve verliest in elk geval haar openbare orde-karakter na het opvallen van de nalatenschap. De vordering tot inkorting werkt immers niet van rechtswege en er kan aan worden verzaakt*”.³⁹¹ Vóór het opvallen van de nalatenschap kunnen zij (in beginsel) niet verzaken aan hun vordering tot inkorting omdat een dergelijke anticipatieve verzaking een verboden erfovereenkomst uitmaakt.³⁹² Deze auteurs stellen onder dezelfde titel als die waarin zij bepleiten dat de reserve van openbare orde is dat: “*Van de reserve kan enkel ná het opvallen van de nalatenschap worden afgezien. Verzaking of afspraken vóór dit tijdstip zijn naar Belgisch recht verboden erfovereenkomsten*”. Er kan dan ook niet aan worden getwijfeld dat deze auteurs een verband zien tussen het karakter van de reserve en de

³⁸⁹ C. BRENNER, “Art. 912 à 930-5”, *JurisClasseur Civil Code* 2009, nr. 34.

³⁹⁰ C. BRENNER, “Art. 912 à 930-5”, *JurisClasseur Civil Code* 2009, nr. 34.

³⁹¹ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903. Zie ook M. ADRIAENS, “Vaders wil is wet, of toch niet helemaal? Over het *de facto* onterven van reservataire erfgenamen door middel van giften” in R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Actuele knelpunten familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 185, nr. 11.

³⁹² A.-C. VAN GYSEL (ed.), *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, 98; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 553.

(on)mogelijkheid om eraan te verzaken. Bovendien wordt met dit laatste citaat de link gelegd met het verbod van erfovereenkomsten.³⁹³

Eenzelfde link wordt ook gelegd door PUELINCK-COENE. Volgens deze auteur volgt uit het dat de reserve de private belangen beschermt dat zij slechts van dwingend recht is. Dit impliceert dat de reservataire slechts afstand kunnen doen van het recht na het opvallen van de nalatenschap, aangezien het recht dan tot stand komt. Zij ziet nog een tweede hinderpaal voor een anticipatieve verzaking: *“Een tweede reden waarom dit in principe niet kan, is dat eerdere afstand neerkomt op een beding/overeenkomst over een nog niet opgevallen nalatenschap”*.³⁹⁴

Als DE PAGE het heeft over het karakter van de reserve, verwijst hij eveneens naar deze redenering: *“Il ne faut pas se méprendre sur le caractère d'ordre public de la réserve. Sans doute, celle-ci est-elle d'ordre public en ce sens que le testateur ne peut l'enfreindre, à quelque titre que ce soit; et qu'il ne le peut même du consentement des intéressés, car la réserve étant une part de succession ab intestat, il s'agirait d'un pacte sur succession future”*. Hij stelt vast dat de reserve wel van openbare orde is in die zin dat de erfflater ze niet kan uitschakelen, zelfs niet met akkoord van de reservataire erfgenamen. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat een dergelijke verzaking een verboden erfovereenkomst zou uitmaken. Maar: *“Cela ne signifie pas que la réserve serait d'ordre public en ce sens que les intéressés (réservataires) ne pourraient jamais y déroger. Ainsi la renonciation à la réserve acquise (c'est-à-dire après le décès) est valable”*.³⁹⁵ Eenmaal de nalatenschap is opgevallen, kunnen de reservataire erfgenamen wel verzaken aan hun reserve. In die zin kan ze dan ook niet meer worden beschouwd als van openbare orde. In het kader van de verzaking aan de reserve oordeelt DE PAGE nog dat: *“Les renonciations anticipées à la réserve [...] sont certainement interdites. Il s'agirait en effet [...] d'une renonciation à la succession d'un home vivant (qui est interdite: art. 791), ou s'il ya renonciation convenue avec le de cujus, d'un pacte sur succession future”*.

Het blijkt dat de auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, na het opvallen van de nalatenschap het dwingendrecht karakter verdedigen omwille van het feit dat op dat ogenblik een verzaking aan de reserve mogelijk

³⁹³ In het kader hiervan valt nog op te merken dat DU MONGH heeft gesteld, dat het verbod van erfovereenkomsten ook de reserve beschermt. Daarom is deze auteur van mening dat beide rechtsfiguren samen moeten worden bekeken. Vermits de reserve het minimum is, wordt niet toegelaten dat een akkoord afbreuk zou doen aan die minimale bescherming (J. DU MONGH, “Hoorcollege rechtspersoon en familie”, 22 april 2014).

³⁹⁴ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Opvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 637, nr. 603.

³⁹⁵ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1406B; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1947, nr. 1406B.

is. Een afstand van de reserve vóór het overlijden van de *decius* is, omwille van het verbod van erfovereenkomsten, (in beginsel) niet mogelijk.³⁹⁶ Nochtans komt men tot hetzelfde besluit indien men de reserve over de hele lijn een dwingendrecht karakter toekent. Pas op het ogenblik waarop de rechten verworven zijn (*in casu* als de nalatenschap openvalt), is afwijking van een bepaling van dwingend recht mogelijk.³⁹⁷ *De facto* komt de opsplitsing die de genoemde auteurs maken dus op hetzelfde neer, wat de mogelijkheid tot afstand van de reserve betreft, als een dwingendrecht kwalificatie van de reserve over de hele lijn.

De reden waarom deze auteurs verdedigen dat de reserve vóór het openvallen van de nalatenschap van openbare orde is, houdt mijns inziens verband met het karakter van het verbod van erfovereenkomsten. Een inbreuk op dit verbod van erfovereenkomsten wordt traditioneel gezien als strijdig met de openbare orde.³⁹⁸ Thans oordelen steeds meer auteurs echter dat dit verbod moet worden gezien als van dwingend recht.³⁹⁹ Sommige rechtsgeleerden, waaronder PINTENS, DECLERCK, DU MONGH en VAN WINCKELEN, bepleiten echter nog steeds het openbareordekarakter van het verbod.⁴⁰⁰ Ook MESSAGER is van oordeel dat een inbreuk op het verbod wordt gesanctioneerd met een absolute nietigheid.⁴⁰¹ Laat dat net de auteurs zijn die ook vasthouden aan het openbareordekarakter van de reserve...⁴⁰² Verzaakt men anticipatief aan de vordering tot inkorting dan botst men, volgens het standpunt van deze auteurs, op een dubbele schending van de openbare orde: enerzijds het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten en

³⁹⁶ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 553.

³⁹⁷ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuig. Proefschrift UGent, 2000, 709; S. VAN WASSENHOVE, “La renonciation en droit du travail”, *JTT* 2007, 410.

³⁹⁸ W. PINTENS, K. VANWINCKELEN en J. DU MONGH, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 344, nr. 1045; J. VERSTRAETE, *Pactes sur succession future* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 2005, 33, nr. 15.

³⁹⁹ Zie o.m. M. PUELINCKX-COENE, *erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 275-278; na het arrest van 31 december 2008: H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS en B. VERDICKT, “Le pacte sur succession future prohibé n’est plus contraire à l’ordre public. Un nouvel arrêt-clé en matière de planification successorale”, *Rev.not.b.* 2011, 385; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht 1: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 461-462; E. TURPYN, “Het finaal verrekenbeding: een verboden erfovereenkomst?”, *T.Not.* 2010, 64; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 342-343.

⁴⁰⁰ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 1879.

⁴⁰¹ N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, Limal, Anthemis, 2012, 163.

⁴⁰² Zie N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, Limal, Anthemis, 2012, 163; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903; J. DU MONGH, “Kan een schenking buiten deel die werd gedaan om de reservataire rechten te fnuiken, enkel worden aangevochten met een vordering tot inkorting?” in W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 443; J. DU MONGH, *De erfovergang van aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 501, nr. 355.

anderzijds het openbareordekarakter van de reserve.⁴⁰³ De vraag rijst of deze auteurs het openbareordekarakter van de reserve bepleiten omdat een anticipatieve verzaking eraan leidt tot een – in de ogen van genoemde auteurs met de openbare orde strijdige – inbreuk op het verbod van erfovereenkomsten. Na het openvallen van de nalatenschap speelt het (openbareordekarakter) van het verbod van erfovereenkomsten uiteraard niet meer. Het verzet zich dan ook niet langer tegen een verzaking aan de reserve. Aangezien een verzaking aan de vordering tot inkorting na het openvallen van de nalatenschap mogelijk is – zonder dat men daarbij stoot op het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten – wordt de reserve voor de periode na het overlijden van de erflater door de genoemde auteurs beschouwd als van dwingend recht.

b. het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten herbekeken: naar een reserve van dwingend recht?

De techniek die aan de reservataire erfgenamen wordt geboden om de reserve te beschermen is de vordering tot inkorting. Reservataire erfgenamen kunnen dan ook afstand doen van hun reserve door te verzaken aan de vordering tot inkorting. Een beding van vóór het overlijden van de erflater waarbij afstand wordt gedaan van het recht de inkorting te vorderen, maakt een verboden erfovereenkomst uit.⁴⁰⁴ Eerder werd er reeds op gewezen dat een kwalificatie van de reserve van dwingend recht over de hele lijn in feite op hetzelfde neerkomt als het onderscheid tussen de periode vóór en de periode na het openvallen van de nalatenschap, dat de auteurs die het karakter van openbare orde voor deze eerste periode bepleiten, verdedigen. Desalniettemin kunnen deze auteurs er trachten op te wijzen dat een anticipatieve verzaking aan de reserve een inbreuk maakt op het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten en dat om die reden de reserve dan ook moet worden gezien als van openbare orde voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap.

Thans bepleiten echter steeds meer auteurs dat dit verbod niet langer van openbare orde is. Aangenomen dat het verbod van erfovereenkomsten, zoals BAEL bepleit⁴⁰⁵, niet langer van openbare orde is, kan die lijn dan ook niet doorgetrokken worden naar de reserve? De anticipatieve verzaking aan de

⁴⁰³ Zie N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, Limal, Anthemis, 2012, 163; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 1879 en 1903; J. DU MONGH, *De erfovergang van aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 501, nr. 355; J. DU MONGH, “Kan een schenking buiten deel die werd gedaan om de reservataire rechten te fnuiken, enkel worden aangevochten met een vordering tot inkorting?” in W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 443.

⁴⁰⁴ Zie onder meer artikel 1130, lid 2 Burgerlijk Wetboek; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 553.

⁴⁰⁵ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 883-901.

vordering tot inkorting, die een verboden erfovereenkomst uitmaakt, is in die visie niet (langer) strijdig met de openbare orde, aangezien het verbod van erfovereenkomsten *tout court* niet meer van openbare orde is. Welnu, aangezien het verbod om vóór het openvallen van de nalatenschap afstand te doen van de vordering tot inkorting, niet langer van openbare orde is, kan ook de reserve (op basis van dit argument) niet langer dat karakter hebben. De vordering tot inkorting is immers het middel voor de reservataire erfgenamen om hun reserve op te eisen.

PUELINCKX-COENE ging BAEL trouwens al vooraf. Zij vroeg zich af of alle erfovereenkomsten nog wel tegen de openbare orde en goede zeden waren.⁴⁰⁶

Andere auteurs waren van mening dat het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten niet in twijfel kon worden getrokken.⁴⁰⁷

De discussie omtrent het karakter van het verbod van erfovereenkomsten is volledig losgebarsten na een arrest van het Hof van Cassatie van 31 december 2008⁴⁰⁸. Het betrof een zaak waarvan de feiten dateerden van de jaren 70, vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 april 2003⁴⁰⁹. Het Hof oordeelde: “*Krachtens artikel 1130, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, voor de wijziging door de wet van 22 april 2003, kan men een nalatenschap die nog niet is opengevallen, niet verwerpen en evenmin omtrent zodanige nalatenschap enig beding maken, zelfs niet met toestemming van hem wiens nalatenschap het betreft. In het toen geldende recht raakte dit verbod de openbare orde en een handeling die hiermede in strijd was kon niet worden bekrachtigd*”.

Vooraf de zinsnede “*in het toen geldende recht*” is van belang. Verschillende auteurs leiden hier immers *a contrario* uit af dat dit verbod in het thans geldende recht niet langer de openbare orde raakt.⁴¹⁰ Bijgevolg zou een inbreuk erop niet langer gesanctioneerd worden met een absolute maar

⁴⁰⁶ M. PUELINCKX-COENE, *erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 275-278.

⁴⁰⁷ Zie W. PINTENS, K. VANWINCKELEN en J. DU MONGH, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 344, nr. 1045; J. VERSTRAETE, *Pactes sur succession future* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 2005, 33, nr. 15.

⁴⁰⁸ Cass. 31 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2417; *Rev.not.b.* 2011, 415, noot H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS en B. VERDICKT; *Rev.trim.dr.fam.* 2009, 587; *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 1287.

⁴⁰⁹ Wet van 22 april 2003 tot wijziging van enkele bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in verband met het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *BS* 22 mei 2003.

⁴¹⁰ H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS en B. VERDICKT, “Le pacte sur succession future prohibé n’est plus contraire à l’ordre public. Un nouvel arrêt-clé en matière de planification successorale”, *Rev.not.b.* 2011, 385; E. TURPYN, “Het finaal verrekenbeding: een verboden erfovereenkomst?”, *T.Not.* 2010, 64.

‘slechts’ met een relatieve nietigheid.⁴¹¹ Waar heeft het Hof van Cassatie het dan over, als het zegt: “*vóór de wet van 22 april 2003*”? Deze wet voerde artikel 1388, lid 2 BW in, de Valkeniersovereenkomst. Met deze wet werd ook artikel 1130, lid 2 BW en artikel 791 BW aangevuld met: “*tenzij in de gevallen bij de wet bepaald*”.⁴¹² Beide artikelen verwoordden het verbod van erfovereenkomsten. Het feit dat de wetgever uitdrukkelijk bepaalt, dat uitzonderingen op het verbod mogelijk zijn is onverenigbaar met een openbareordekwalificatie van het verbod van erfovereenkomsten. Na de toevoeging van “*tenzij in de gevallen bij de wet bepaald*” in zowel artikel 791 als artikel 1130, lid 2 BW lijken ook BARBAIX en VERBEKE de mening toegedaan dat een inbreuk op het verbod van erfovereenkomsten slechts kan worden gesanctioneerd met een relatieve nietigheid.⁴¹³

Ook CASMAN en DEKKERS zijn van oordeel dat het Hof van Cassatie door dit arrest de idee heeft verlaten dat het verbod van erfovereenkomsten van openbare orde zou zijn omwille van de alsmaar toenemende wettelijke uitzonderingen en het feit dat het verbod niet langer in algemene termen is uiteengezet omwille van de voorbehouden voor afwijkingen. Zij stellen dat een bevestiging na het overlijden mogelijk is.⁴¹⁴ PUELINCKX-COENE ziet in het arrest van het Hof een ontkennend antwoord op de vraag die zij zich jaren geleden stelde.⁴¹⁵

Andere auteurs pleiten – ook na het betreffende arrest van het Hof van Cassatie – nog steeds voor een absolute nietigheid.⁴¹⁶ Deze auteurs stellen dat het arrest van 31 december 2008 juist een bevestiging inhoudt van het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten. Gelet op het feit dat de erfovereenkomsten *in casu* dateerden van vóór 2003, diende het Hof zich uit te spreken aan de hand van het oude artikel 1130, lid 2 BW.

⁴¹¹ Zie T. VAN HALTEREN, “Quel avenir pour l’acte sur succession future?” in N. GALLUS, *Actualités en droit patrimonial de la famille*, Brussel, Bruylant, 2013, 151; H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS en B. VERDICKT, “De erfovereenkomst is niet langer strijdig met de openbare orde. Een nieuw mijlpaalarrest inzake successieplanning”, *TEP* 2010, 126 e.v.; J. BAEL, “Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten” in *Rechtskroniek voor het notariaat*, deel 15, Brugge, die Keure, 2009, 203 e.v.

⁴¹² Artikel 2 en 4 Wet van 22 april 2003 tot wijziging van enkele bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in verband met het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *BS* 22 mei 2003.

⁴¹³ R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 149.

⁴¹⁴ R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 342-343.

⁴¹⁵ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht I: Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 461-462.

⁴¹⁶ T. VAN HALTEREN, “Quel avenir pour l’acte sur succession future?” in N. GALLUS, *Actualités en droit patrimonial de la famille*, Brussel, Bruylant, 2013, 149-155; N. VAN HIMME, “Het verbod van erfovereenkomsten – Quo vadimus? – Rechtsverelikkende studie over de toekomst van het verbod en mogelijke oplossingen voor het Belgisch erfrecht”, *Not.Fisc.M.* 2011, 262; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, n° 1879; P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, Bruylant, 2010, 181, nr. 133.

De indieners van het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 zijn van oordeel dat het verbod van erfovereenkomsten niet langer als van openbare orde kan worden beschouwd omwille van de vele uitzonderingen op het verbod.⁴¹⁷ Bovendien volgen zij de stelling dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 31 december 2008 geoordeeld heeft, dat het verbod van erfovereenkomsten niet langer van openbare orde is. Zij stellen, dat een absolute nietigheid niet aan de orde is: met het sluiten van een erfovereenkomst worden geen fundamentele maatschappelijke waarden miskend en louter privébelangen zijn aan de orde.⁴¹⁸

De indieners van het wetsvoorstel pleiten ervoor het verbod van erfovereenkomsten op te heffen voor erfovereenkomsten ten bijzondere titel. Zij zochten inspiratie bij de Nederlandse wetgever⁴¹⁹ die dergelijk overeenkomsten reeds langer toelaat.⁴²⁰

3.2.8. *Beweging bij de wetgever*

Recent zijn een aantal wijzigingen aangebracht aan het erfrecht. Zo is onder meer de regeling omtrent de erfrechtelijke onwaardigheid herzien.⁴²¹ De plannen met ons erfrecht eindigen daar echter niet. Er zijn wetgevende veranderingen op til die ingrijpen in meerdere aspecten van het erfrecht en die ook gevolgen zullen hebben voor de reserve.⁴²² De voorgestelde wijzigingen

⁴¹⁷ Wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 16; zie ook J. Bael, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 885-888.

⁴¹⁸ Zie toelichting artikel 63 Wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

⁴¹⁹ Zie artikel 4:191, lid 2 Nederlands Burgerlijk Wetboek *a contrario*: “overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, zijn nietig”.

⁴²⁰ Naast een mogelijkheid tot het sluiten van erfovereenkomsten ten bijzondere titel pleiten de indieners ervoor om één overeenkomst uitdrukkelijk toe te staan. Met deze expliciete erfovereenkomsten hebben zij niet de intentie om de mogelijkheid tot het sluiten van erfovereenkomsten te beperken. Zij geldt slechts als een voorbeeld. Deze erfovereenkomst zou de bedoeling hebben in de nalatenschap van (één van) beide ouders het bestaan van een evenwicht tussen de vermoedelijke erfgerechtigden in rechte neerdalende lijn van de beschikker(s) vast te stellen of te bereiken en dat met betrekking tot de schenkingen en voordelen die deze erfgerechtigden eerder reeds gekregen of in deze overeenkomst krijgen. Bovendien kan tegelijkertijd een afspraak worden gemaakt omtrent de waarde die op deze schenkingen wordt geplakt. In deze overeenkomst kunnen de kinderen verzaken aan de inbreng van reeds gedane schenkingen, maar niet aan de inkorting ervan. De inkorting dient immers, conform het voorgestelde artikel 918 BW, eenzijdig te gebeuren in een akte waarbij de verzakende erfgenaam alleen voor de notaris dient te verschijnen. De erfovereenkomst dient overigens niet door iedere afstammeling te worden gesloten. Zij die ervoor kiezen niet deel te nemen, zijn er dan ook niet door gebonden. De datum waarop de waarde van de schenkingen werd beoordeeld, is echter wel bindend voor allen.

⁴²¹ Zie wet van 10 december 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Strafwetboek en het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de onwaardigheid om te erven, de herroeping van giften, het verval van huwelijksvoordelen en de plaatsvervulling, *BS* 11 januari 2013.

⁴²² Hieronder worden enkel de wijzigingen besproken die nog niet (uitvoerig) besproken zijn.

impliceren een verzwakking van de reserve. Een wetsvoorstel is echter nog geen wet. Dat belet echter niet dat het feit dat de wetgever nadenkt en zelfs een wetsvoorstel indient over de voorgestelde wijzigingen een argument *contra* het openbareordekarakter van de reserve kan opleveren. Het recht is evolutief en dient zich aan te passen aan de maatschappij. De voorgestelde wijzigingen kaderen dan ook in de maatschappelijke veranderingen.

a. uitbreiding van het beschikbaar deel?

In 2010 werd een wetsvoorstel ingediend door SWENNEN waarin hij pleitte voor een vast, maar kleiner reservatair deel. In tegenstelling tot heel wat andere wetsvoorstellen is dit voorstel niet geïnspireerd op het Franse recht. In Frankrijk heeft men vastgehouden aan de variabiliteit van het beschikbaar en reservatair deel in relatie tot het aantal afstammelingen.⁴²³ SWENNEN daarentegen wilde ongeacht het aantal afstammelingen dat tot de nalatenschap komt, de reserve vaststellen op de helft van de nalatenschap.⁴²⁴

Op die manier, aldus de indiener, “*wordt rekening gehouden met de gewijzigde maatschappelijke context, waarbij het vrije beschikkingsrecht van degene die bezit, groter wordt ten nadele van de vraag om goederen, kost wat kost, binnen de familie te houden*”. Met deze passages verwijst de indiener naar de hoger uiteengezette argumentatie tegen het openbareordekarakter van de reserve. Hij verwijst naar de evolutie in de maatschappij. In het bijzonder haalt hij de individuele beschikkingsvrijheid van de erflater aan ter rechtvaardiging van een verkleining van het voorbehouden deel. De individuele beschikkingsvrijheid dient het te halen van de vraag om de goederen binnen de familie te behouden. Bovendien verklaart SWENNEN de voorgestelde wijziging door te stellen: “*Deze wijziging is mede ingegeven doordat de onderhoudsverplichting jegens familieleden, thans grotendeels vervangen is door een sociaalzekerheidssysteem, gebaseerd op een solidariteit tussen alle burgers. De ratio legis die Dillemans opgeeft voor de reserve is hierdoor vandaag de dag minder aan de orde*”. Ook hierop werd voordien al gewezen.

Uit het wetsvoorstel blijkt, dat de maatschappij steeds meer belang hecht aan de individuele beschikkingsvrijheid van de erflater. Men geeft de voorkeur aan de beschikkingsvrijheid van de erflater boven de reservataire bescherming van de reservataire erfgenamen. Het openbareordekarakter van de reserve komt zo onder druk te staan. Het feit dat meer gewicht wordt toekend aan de

⁴²³ Een wijziging die wel werd doorgevoerd door de wet van 23 juni 2006, betreft het feit dat voor de berekening van het beschikbaar deel geen rekening meer gehouden wordt met een reservataire erfgenaam die de nalatenschap heeft verworpen, behalve indien hij wordt vertegenwoordigd (art. 913, lid 2 C.c.). Voor deze wetswijziging stond de onveranderlijkheid van het beschikbaar deel voorop. Indien reservataire erfgenamen de nalatenschap verwerpen, zal dit onder de nieuwe regel leiden tot een groter beschikbaar deel voor de erflater. Er wordt dus meer belang toegekend aan de beschikkingsvrijheid van de erflater.

⁴²⁴ Wetsvoorstel (G. SWENNEN) houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake het beschikbaar gedeelte der goederen, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-302/1.

individuele belangen van de erflater door zijn beschikkingsvrijheid te verruimen en het reservatair deel te verkleinen, is moeilijk te verzoenen met de opvatting dat de reserve zo essentieel is voor de samenleving dat zij de openbare orde raakt. Er blijken andere belangen thans nog essentiëler te zijn. Uit de redenering van SWENNEN is tevens af te leiden dat de reserve niet (langer) het doel van onderhoud van de reservataire erfgenamen heeft. Dit doel wordt immers opgevangen door het sociale zekerheidssysteem. Het lijkt er dan ook op, dat de reserve is geëvolueerd van een instelling ingegeven ter bescherming van het algemeen belang, naar een instelling die louter de particuliere belangen van de reservataire erfgenamen beoogt te beschermen. Het karakter van de reserve is geëvolueerd van een openbareorde- naar een dwingendrecht karakter.

(De ideeën van) het wetsvoorstel van SWENNEN word(t)(en) hernomen in het nieuwe wetsvoorstel van 5 augustus 2013⁴²⁵. De indieners zijn van mening dat het behoud van de reserve van de kinderen nog steeds aangewezen is.⁴²⁶ Wel menen de indieners dat enkele aanpassing aan het voorbehouden deel van de kinderen wenselijk zijn: “*Het behoud van de reserve betekent niet dat ze niet kan worden afgezwakt*”.⁴²⁷ krachtens het voorgestelde nieuwe artikel 913 BW⁴²⁸ wordt de omvang van het voorbehouden deel, ongeacht het aantal afstammelingen, vastgelegd op de helft van de nalatenschap.⁴²⁹

De verruiming van het beschikbaar deel en de correlatieve inkringing van het voorbehouden deel beantwoordt aan een maatschappelijke vraag om de ouders-erflaters meer beschikkingsvrijheid te geven over hun nalatenschap.⁴³⁰

De indieners pleiten dus voor een ‘afzwakking van de reserve’. Tegemoetkomend aan de maatschappelijke vraag kent men meer gewicht toe

⁴²⁵ Wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

⁴²⁶ Zij verwijzen naar de continuïteit van de opvoedingsplicht na het overlijden, de familiale solidariteit, niet gebaseerd op behoefte maar als bevestiging van een ‘beleefde familieband’, naar het behoud van goederen binnen de familie en naar het streven naar een minimale gelijkheid tussen de afstammelingen van de *decius*.

⁴²⁷ Zo zou de reserve in *natura* moeten worden afgeschaft, zou de omvang van de reserve moeten worden teruggedrongen (in de Franstalige versie: “*réduire son importance*”) en zou zij tot slot ook bezwaard moeten kunnen worden met voor het kind restrictieve bestuursbevoegdheden, indien dit in het belang is van het kind.

⁴²⁸ Het vernieuwde artikel 913 BW zou er als volgt uitzien: “*De giften, hetzij bij akten onder de levenden, hetzij bij testament, mogen de helft van de goederen van de beschikker niet overschrijden, indien hij bij zijn overlijden een of meer afstammelingen achterlaat*”.

⁴²⁹ Men komt hiermee terug op een discussie die ook al werd gevoerd naar aanleiding van de invoering van de *Code Napoléon*. Toen werd het voorstel van CABBACÈRES aangenomen. TRONCHET bepleitte daarentegen om de omvang van de reserve vast te stellen zonder rekening te houden met het aantal afstammelingen: “*Il est plus simple (...) de la fixer d’une manière déterminé*” (J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Tome Cinquième Code civil, livre troisième, Brussel, 1836, 200).

⁴³⁰ Wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 8.

aan de beschikkingsvrijheid. Is dan nog sprake van wetgeving die de wezenlijke belangen van de staat, de gemeenschap of het gewest betreft of, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt voor de economische of morele orde van de samenleving?⁴³¹ Is er (nog) sprake van een reserve van openbare orde?

b. een inkorting in waarde?

b.1. (Kritiek op en de toekomst van) het principe van de inkorting in natura

De reserve is een reserve in erfgoederen. Anders dan naar Frans recht, geschiedt naar Belgisch recht de inkorting immers principieel⁴³² in *natura*.⁴³³

De inkorting in *natura* staat al lange tijd onder druk. De rechtsleer pleit reeds enige tijd voor een omvorming naar een inkorting in waarde.⁴³⁴ De inkorting in *natura* kan immers leiden tot onbillijke resultaten.⁴³⁵ Ook in Frankrijk uitte de

⁴³¹ Cass. 19 maart 2007, *T.Not.* 2009, 47.

⁴³² Momenteel bestaan er reeds enkele uitzonderingen op het principe van de inkorting in *natura*: zie artikelen 866, 918, 924, 930 en 1464 Burgerlijk Wetboek.

⁴³³ Zie R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 173-174; W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 384; P. DE PAGE en I. DE STEFANI, "La donation et ses impacts successoraux" in A. CULOT en P. DE PAGE (eds.), *Les donations: aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, 166; W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 977, nr. 1900; L. RAUCENT, *Les successions*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1978, 211-212; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VIII/2, Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, nr. 1404; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyst, 1960, 49.

⁴³⁴ Zie o.a. R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 170; W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 405; A.-L. VERBEKE, "Hervorming van Belgisch erfrecht", *TEP* 2011, 12; R. BARBAIX, "Koekoekskinderen in het familiaal vermogensrecht" in *Handboek Estate planning. Bijzonder deel 2. Koekoekskinderen*, Brussel, Larcier, 2009, 53; A. VERBEKE, *Belgische erfrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 68; Y.-H. LELEU, "La réduction et le rapport en valeur, réflexions critiques en vue d'une réforme législative" in KFBN (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel 2. Belgische recht*, Brussel, Bruylant, 1997, 213-295; Y.-H. LELEU, "De waardering van reservataire schuldvorderingen. Enkele bedenkingen de lege lata en voorstellen de lege feranda" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening en verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 115-155.

⁴³⁵ Een voorbeeld kan dit verduidelijken: stel, dat één van de kinderen van de erflater een tiental jaren geleden via schenking een bouwgrond heeft gekregen. Inmiddels heeft hij hierop een huis gezet. Bij het overlijden van de erflater blijkt echter dat de schenking van deze bouwgrond het beschikbaar deel overschrijdt. De resterende reservataire erfgenamen stellen de vordering tot inkorting in. Dit heeft tot gevolg dat de bouwgrond die het kind jaren geleden kreeg, in principe in *natura* dient terug te komen tot de nalatenschap.⁴³⁵ Dit is een rampzalig scenario aangezien dat kind zo zijn eigendomsrecht kan verliezen.

rechtsleer eenzelfde kritiek.⁴³⁶ De inkorting in *natura* werd er vervangen door een inkorting in waarde.⁴³⁷ Sinds de wet van 23 juni 2006 wordt een overschrijding van het beschikbaar deel in Frankrijk ‘gesanctioneerd’ door een (mogelijke)⁴³⁸ schadeloosstelling waartoe de begiftigde gehouden is.⁴³⁹ De reservataire erfgenaam bezit bijgevolg een schuldvordering lastens de nalatenschap.⁴⁴⁰ De regel van de inkorting in waarde kent nochtans een uitzondering voor het geval dat de begiftigde insolvelabel is en hij het geschonken goed aan een derde heeft vervreemd.⁴⁴¹

Meerdere Belgische wetsvoorstellen zijn al gewijd aan de omvorming van de inkorting in *natura* naar een inkorting in waarde.⁴⁴² Ook het nieuwste wetsvoorstel op het gebied van de hervorming van het erfrecht tracht aan deze kritiek tegemoet te komen.

Het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 voorziet, dat de inkorting nog steeds in *natura* zou geschieden voor het geval de gift aan een niet-erfgerechtigde is vermaakt. Voor giften aan erfgerechtigden, die het beschikbaar deel overschrijden, zou daarentegen de inkorting in waarde worden vooropgesteld.⁴⁴³ De *ratio legis* van dit onderscheid tussen giften aan erfgerechtigden en niet-erfgerechtigden ligt in de tegemoetkoming aan één van de (volgens de indieners) essentiële doelstellingen van de reserve: de goederen binnen de familie houden. De erfflater kan wel bij akte onder de levenden of bij testament de modaliteit van de inkorting in hoofde van de ertoe gehouden reservataire erfgenaam bepalen. Die is immers niet van dwingend recht. Zo

⁴³⁶ J. MAURY, *Succession et libéralités*, Parijs, LexisNexis, 2009, 220; M.-C. FORGEARD, R. CRÔNE en B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités, loi du 23 juin 2006 commentaire & formules*, Parijs, Defrénois, 2007, 144-150.

⁴³⁷ Zie Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juni 2006; artikel 924, lid 1 Code civil.

⁴³⁸ De reservataire erfgenaam is immers niet verplicht de vordering tot inkorting in te stellen.

⁴³⁹ Art. 924, lid 1 Code civil.

⁴⁴⁰ P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2010, 312.

⁴⁴¹ Art. 924-4, lid 1 Code civil: in dat geval kan jegens de derde-verwerver van het betrokken goed de inkorting in *natura* uitgeoefend worden.

⁴⁴² Wetsvoorstel (G. SWENNEN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake het erfrecht teneinde de inbreng en inkorting niet meer in *natura*, maar in waarde te bepalen en teneinde het tijdstip van de schenking als uitgangspunt voor de waardebepaling vast te leggen voor zowel roerende als onroerende goederen, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-392/1; Wetsvoorstel (M. TAELMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

⁴⁴³ Het wetsvoorstel spreekt echter in de voorgestelde artikelen nogal verwarrend over enerzijds ‘niet-erfgerechtigden’ (art. 55) en anderzijds ‘reservataire erfgenamen’ (art. 56). Nochtans zou hierdoor een lacune in de wetgeving ontstaan: er bestaan immers ook erfgerechtigden die geen voorbehouden erfgenaam zijn. De artikelgewijze toelichting spreekt echter over het onderscheid tussen ‘niet-erfgenaam’ (art. 55) en ‘erfgenaam’ (art. 56). Gelet op de in het wetsvoorstel gegeven verklaring voor de inkorting in *natura* (i.e. goederen binnen de familie houden), lijkt het onderscheid in de artikelgewijze toelichting de voorkeur te moeten genieten.

kan hij toch bepalen, dat bij overdreven giften aan een reservataire erfgenaam de inkorting in *natura* geschiedt.⁴⁴⁴

b.2. De relevantie voor het karakter van de reserve

Bij de invoering van de *Code Napoléon* heeft men geopteerd voor de reserve als *pars hereditatis*. Welnu, indien de reservebescherming (gedeeltelijk) wordt omgevormd van een reserve in *natura* naar een reserve in waarde, dan is het niet langer vol te houden dat de reserve een *pars hereditatis* is. De reserve zal dan (gedeeltelijk) een *pars bonorum* zijn. De reserve evolueert dan van een zakelijk recht in de nalatenschap (*pars hereditatis*) naar een persoonlijk recht (*pars bonorum*).⁴⁴⁵

Het moge duidelijk wezen dat een *pars bonorum* (persoonlijk recht) een minder ruime bescherming biedt aan de reservataire erfgenamen dan een *pars hereditatis* (zakelijk recht).

Vooreerst is er een verschil wat betreft verjaring. Een persoonlijke vordering verjaart in beginsel na 10 jaar. Bij zakelijke rechten treedt de verjaring slechts in na 30 jaar.⁴⁴⁶ Thans bedraagt de verjaringstermijn voor het instellen van de vordering tot inkorting dus dertig jaar.⁴⁴⁷ Dat was ook zo voor ‘*l’action en réduction*’.⁴⁴⁸ De verjaringstermijn begint te lopen bij het openvallen van de nalatenschap.⁴⁴⁹ Wordt de inkorting omgevormd naar een in inkorting in waarde, dan zou de verjaringstermijn in beginsel 10 jaar bedragen aangezien het dan om een persoonlijke vordering gaat. Er dient echter te worden opgemerkt, dat het wetsvoorstel voorziet in een aanpassing van de verjaringstermijn voor de vordering tot inkorting: vijf jaar vanaf het

⁴⁴⁴ Zie toelichting onder artikel 55 en 56 Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

⁴⁴⁵ Zie A. WYLLEMAN, “Patrimoniaal familierecht en het hersamengesteld gezin” in R. BARBAIX, A. WYLLEMAN, J. VERSTRAETE, T. VAN SINAY, V. SAGAERT, J. GRILLET, N. GEELHAND DE MERXEM, G. DEKNUDT, P. DE WILDE, M. DE CLERCQ en C. CALLAERTS, *Notariële actualiteit 2011*, Brugge, die Keure, 2012, 281-282.

⁴⁴⁶ Zie artikelen 2262bis en 2262 Burgerlijk Wetboek; A. WYLLEMAN, “Patrimoniaal familierecht en het hersamengesteld gezin” in R. BARBAIX, A. WYLLEMAN, J. VERSTRAETE, T. VAN SINAY, V. SAGAERT, J. GRILLET, N. GEELHAND DE MERXEM, G. DEKNUDT, P. DE WILDE, M. DE CLERCQ en C. CALLAERTS, *Notariële actualiteit 2011*, Brugge, die Keure, 2012, 281-282; V. SAGAERT, “Het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke vorderingen. Het verjaringsregime van zakelijke vorderingen nader geanalyseerd” in I. CLAEYS (ed.), *verjaring in privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Kluwer, 2005, 4.

⁴⁴⁷ Cass. civ. Ire 24 november 1987, *Bull.civ.* I, nr. 309; F. BUYSENS, *Boek 2/Topic 41, Ascendentenverdeling: civiele aspecten* in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning, algemeen deel 2, Vermogensplanning met effect bij leven: schenking*, Gent, Larcier, 2009, 232.

⁴⁴⁸ Cass. civ. Ire 24 november 1987, *Bull. civ.* I, nr. 41; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Parijs, Defrénois, 2004, 323.

⁴⁴⁹ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1023, nr. 1990; R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht, IV, Huwelijksstelsels – erfrecht – giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 810, nr. 1334.

opvallen van de nalatenschap of twee jaar vanaf het moment dat de reservataire erfgenamen kennis hebben genomen van de aantasting van hun reservatair deel. Er wordt evenwel een maximumtermijn vooropgesteld van tien jaar vanaf het opvallen van de nalatenschap.⁴⁵⁰ Lang hoeft niet worden gezocht om te vinden waar de wetgever inspiratie voor deze verjaringstermijnen heeft gehaald. In het Franse recht vindt men immers een identieke regeling omtrent de verjaringstermijn van de vordering tot inkorting.⁴⁵¹

De houder van een zakelijk recht (op goederen in de nalatenschap) wordt beter bovendien beschermd dan de houder van een persoonlijk recht. Dit verschil laat zich duidelijk zien bij insolventie van de schuldenaar. Stel dat de erfflater overdeven beschikkingen heeft gedaan. Schuldeisers met een persoonlijk vorderingsrecht zijn onderworpen aan de *paritas creditorum* (oftewel de gelijkheid van schuldeisers).⁴⁵² Indien de begiftigde niet over voldoende vermogen beschikt om al zijn schuldeisers volledig te betalen, zal de verdeling pondspondsgewijs gebeuren. In voorkomend geval verliest de reservataire erfgenaam alsnog gedeeltelijk zijn reserve. Indien de reservataire erfgenaam beschikt over een zakelijk vorderingsrecht, loopt hij minder risico. Hij kan dan de inkorting van het geschonken goed vorderen, in *natura*. Omwille van het zakelijk vorderingsrecht zal het geschonken goed buiten de boedel vallen en is de reservataire erfgenaam niet onderworpen aan de *paritas creditorum*.

Bovendien beschikken houders van een zakelijk recht over een volgrecht. Dit impliceert dat zakelijke rechten ook tegenwerpelijk zijn aan derde-verkrijgers van het met het zakelijke recht bezwaard goed.⁴⁵³ In het kader van de reserve en de vordering tot inkorting wordt hieraan uitdrukking gegeven door artikel 930 BW⁴⁵⁴. Blijkt de schuldenaar (*i.e.* de begunstigde van de overdeven schenking) onvoldoende solvabel te zijn en heeft hij het goed dat het voorwerp was van de overdeven schenking vervreemd, dan kunnen de reservataire erfgenamen tegen de derde-verkrijger de vordering tot inkorting in *natura* instellen. Ook naar Frans recht bestaat eenzelfde uitzondering op het principe van de inkorting in waarde.⁴⁵⁵ Deze mogelijkheid blijft ook in het voorgestelde

⁴⁵⁰ Zie artikel 51 wetsvoorstel (M. Taelman) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

⁴⁵¹ Zie artikel 921, lid 2 Code civil.

⁴⁵² T. DELWICHE en M.E. STORME, “Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?” in J. VANANROYE en J.-J. ACKAERT (eds.), *Proactief ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 65, nr. 22; M.E. STORME, *Insolventierecht in kort bestek*, Gent-Mariakerke, 2012, 73.

⁴⁵³ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek: goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 7.

⁴⁵⁴ Artikel 930 Burgerlijk Wetboek luidt: “De erfgenamen kunnen tegen derden, houders van onroerende goederen, die van de schenkingen deel uitmaakten en door de begiftigden zijn vervreemd, de inkorting of teruggave vorderen op dezelfde wijze en in dezelfde volgorde als tegen de begiftigden zelf, en na uitwinning van de goederen van deze laatsten”.

⁴⁵⁵ Zie artikel 924-4, lid 1 Code civil.

nieuwe recht openstaan. Artikel 930 BW wordt zelfs uitgebreid. In navolging van het Franse recht⁴⁵⁶ zullen ook roerende goederen eronder worden gevat. Bij de vervreemding van roerende goederen door de begiftigde zal de derdeverkrijger mogelijk wel beschermd worden door artikel 2279 BW.

Dat door een omvorming tot een inkorting in waarde de bescherming van de reservataire erfgenamen wordt afgezwakt, valt ook af te leiden uit de commentaar van DILLEMANS. Laatstgenoemde stelde immers, dat bij de keuze tussen de beide systemen geopteerd werd voor de ‘sterke’ bescherming van de *pars hereditatis*. De beschikking zelf wordt aangevochten en ongedaan gemaakt.⁴⁵⁷ DILLEMANS geeft met deze woorden terecht weer, dat de opstellers van de *Code Napoléon* voor de keuze stonden om een sterke bescherming (*pars hereditatis*) te verlenen aan de reservataire erfgenamen of een zwakke(re) (*pars bonorum*).

Er weze andermaal aan herinnerd, dat het openbareordekarakter van de reserve impliceert, dat de reserve de wezenlijke belangen van de maatschappij betreft.⁴⁵⁸ Welnu, zo fundamenteel of wezenlijk zal de reserve niet meer zijn als de reservebescherming wederom wordt afgezwakt. In Frankrijk stellen nogal wat rechtsgeleerden dat dit karakter van openbare orde na de transformatie naar de reserve in waarde, niet langer aan te houden is.⁴⁵⁹ Volgens LEROYER geeft de omvorming naar een reserve in waarde (“*un droit individuel de créance*”) uitdrukking aan: “*le déclin de la solidarité familiale au profit du renforcement de la liberté du propriétaire*”.⁴⁶⁰ Er wordt afbreuk gedaan aan de maatschappelijke en familiale functie van de reserve. De individuele beschikkingsvrijheid wint alsmaar aan belang. De reserve lijkt zich dan ook meer gaan concentreren op de private bescherming van de reservataire erfgenamen dan op de bescherming van het algemeen belang. Het openbareordekarakter lijkt dan ook plaats te moeten ruimer voor een dwingendrecht karakter van de reserve.

Bovendien voorziet het wetsvoorstel in een aanpassing van artikel 929 BW.⁴⁶¹ Vanuit het perspectief van de reservataire erfgenaam kan niet anders dan (opnieuw) worden vastgesteld dat zijn positie verzwakt. Het voorgestelde

⁴⁵⁶ Zie artikel 924-4, lid 1 Code civil.

⁴⁵⁷ R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Proefschrift, Leuven, Uystpruyt, 1960, 33.

⁴⁵⁸ Cass. 19 maart 2007, *T.Not.* 2009, 47.

⁴⁵⁹ A.-M. LEROYER, *Droits des successions*, Parijs, Dalloz, 2014, 393; S. FERRÉ-ANDRÉ en S. BERRE, *Successions et libéralités*, Parijs, Dalloz, 2012, 3.

⁴⁶⁰ A.-M. LEROYER, *Droits des successions*, Parijs, Dalloz, 2014, 393.

⁴⁶¹ Het nieuwe artikel zou er als volgt uitzien: “*Zakelijke rechten die de begiftigde die tot inkorting in natura gehouden is op de geschonken goederen heeft gevestigd, doven door de inkorting uit. Deze rechten behouden echter hun uitwerking wanneer de schenker ermee ingestemd heeft, hetzij in de akte waarin ze werden gevestigd, hetzij in een latere akte. De begiftigde moet evenwel de waardevermindering die de vestiging van deze zakelijke rechten veroorzaakt, vergoeden*” (zie artikel 59 Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1).

artikel voorziet immers in een uitzondering op de kwalitatieve reserve doordat de schenker ermee kan instemmen dat de zakelijke rechten, gevestigd door de begiftigde, behouden blijven, ook nadat de vordering tot inkorting is ingesteld. Het laatste lid voorziet dan wel in de verplichting tot vergoeding van de waardevermindering die deze zakelijke rechten veroorzaken, maar zoals aangehaald biedt deze vordering weinig soelaas bij insolventie van de begiftigde. Waar de reservataire erfgenaam onder het huidige artikel de goederen in ieder geval vrij en onbelast kon laten terugkeren, moet hij onder het voorgestelde artikel genoeg nemen met een schuldvordering lastens de begiftigde. Opnieuw blijkt dat de wetgever andere belangen hoger inschat dan de belangen van de reservataire erfgenaam.⁴⁶² Kan men dan nog volhouden dat de reserve van openbare orde zou zijn?

c. de anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting?

De afgelopen jaren werden meermaals wetsvoorstellen ingediend die betrekking hadden op de verzaking aan de vordering tot inkorting.⁴⁶³

Ook in het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 wordt de mogelijkheid tot anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting overwogen.⁴⁶⁴ Volgens de indieners bestaat bij ouders vaak de behoefte om met medewerking van de kinderen een regeling over de nalatenschap te treffen.⁴⁶⁵

⁴⁶² Een schenking maakt een preciaire titel uit. De begiftigde moet er immers rekening mee houden, dat zijn schenking kan worden ingekort in *natura*. In dat geval moet het goed omwille van de kwalitatieve reserve vrij en onbelast terugkeren. Het voorgestelde artikel 929 BW wil deze onbillijke gevolgen opvangen.

⁴⁶³ Zie o.a. wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van de afstand door de reservataire erfgenamen van de vordering tot inkorting wegens aantasting van het voorbehouden erfdeel ten voordele van een gehandicapte persoon, *Parl.St.* Senaat BZ 2010, nr. 5-149/1.

⁴⁶⁴ In artikel 918 BW wordt de (verruimde) mogelijkheid tot anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting ingevoegd. Dit artikel bevat vandaag reeds een (beperkte) mogelijkheid tot anticipatieve verzaking. Het voorgestelde artikel 918 §1 BW bepaalt: “*Een vermoedelijk reservataire erfgerechtigde kan ten aanzien van een niet opengevallen nalatenschap aan de vordering tot inkorting verzaken, voor zover de verzaking betrekking heeft op een of meer bepaalde giften die aan een meer bepaalde personen zijn gedaan. Evenzo kan hij verzaken aan de inkorting in natura, en genoeg nemen met een inkorting in waarde*”.

⁴⁶⁵ Een dergelijke wens bestaat onder meer in het geval van het behoeftige gehandicapte kind. Een situatie die ook herhaaldelijk in de rechtsleer aan bod is gekomen (zie o.a. J. BAEL, “De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 2004” in *Familiale vermogensplanning, XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2004, 405-528; J. BAEL, “De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind” in *Actualia familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2003, 271-375; M. PUELINCKX-COENE, “De terechte bezorgdheid van ouders met een mentaal gehandicapt kind: enkele suggesties”, *Not.Fisc.M.* 1992, 27-46). Nochtans beperkt het wetsvoorstel de mogelijkheid tot anticipatieve verzaking niet tot deze situatie.

Het is opnieuw niet lang zoeken waar de Belgische wetgever inspiratie heeft gevonden voor een uitbreiding⁴⁶⁶ van de mogelijkheid tot anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting. De indieners hebben de mosterd gehaald bij de Franse wetgever. Die voorzag met de wet van 23 juni 2006 de mogelijkheid om anticipatief aan de vordering tot inkorting te verzaken.⁴⁶⁷ De Franse wetgever beschouwde de reserve terecht als een verregaande beperking van de beschikkingsvrijheid en door de mogelijke vordering tot inkorting na het openvallen van de nalatenschap als een bron van onzekerheid voor de begiftigde.⁴⁶⁸

Toch wijzen de indieners erop, dat de voorwaarden, waaronder de verzaking mogelijk zou zijn, afwijken van die in de Franse wet. De *'renonciation à exercer l'action en réduction'* moet worden gedaan ten voordele van één of meer aangeduide personen. Bovendien dient de verzaking te worden geaccepteerd door degenen tot wiens nalatenschap men geroepen is, opdat de 'verzaker' gebonden zou zijn door zijn verzaking. Wat de omvang van de verzaking betreft worden geen beperkingen gesteld: verzaken kan aan de totaliteit van de reserve, aan een gedeelte ervan of met betrekking tot een welbepaald goed. Naar Belgisch recht zou de verzaking daarentegen enkel mogelijk zijn met betrekking tot één of meer welbepaalde giften aan één of meer welbepaalde personen. Bijgevolg zou in tegenstelling tot wat in het Franse recht geldt, een verzaking aan de volledige reserve naar Belgisch recht niet mogelijk zijn. Eenzelfde resultaat kan *de facto* wel worden bereikt bij verzaking aan de vordering tot inkorting ten aanzien van alle giften die de erflater heeft gedaan. Zijn de giften van die omvang of hoeveelheid dat zij het volledig reservatair deel omvatten, dan verzaakt de reservataire erfgenaam op die manier aan zijn volledige reserve.

Teneinde de rechten en belangen van de erfgenaam die verzaakt aan de vordering tot inkorting te vrijwaren, kan de verzaking uitsluitend gebeuren in een voor een notaris verleden akte.⁴⁶⁹ De Franse wetgever voorziet dat de

⁴⁶⁶ Thans bestaan reeds enkele mogelijkheden om anticipatief te verzaken aan de reserve. Zie hiervoor artikel 918 BW, artikel 1388, lid 2 BW en artikel 1287 Ger.W. Men zou deze mogelijkheid kunnen zien als een uitbreiding van het huidige artikel 918 BW.

⁴⁶⁷ De Franse wetgever heeft de 'RAAR' ingevoerd in artikel 929 van de Code civil: "*Tout héritier réservataire présumé peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter. La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé. L'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier*".

⁴⁶⁸ A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Parijs, Dalloz, 2011, 384; F. SAUVAGE, *Successions*, Parijs, Dalloz, 2013, 183.

⁴⁶⁹ §3 van het voorgestelde artikel 918 BW.

Deze waarborg ter bescherming van de rechten van de betrokken erfgenamen werd ook reeds door VERSTRAETE bepleit in 2000 (J. VERSTRAETE, "De vervroegde verzaking aan de reserve" in

anticipatieve verzaking voor twee notarissen en in een daartoe specifiek opgemaakte authentieke akte dient te gebeuren.⁴⁷⁰ Om te vermijden dat de verzaker onder druk akkoord zou gaan met een verzaking, bepaalt het Belgische wetsvoorstel bovendien, dat de verzaker *alleen* voor de notaris verschijnt.

Tot slot is de verzaking – ook naar Frans recht⁴⁷¹ – in een drietal gevallen herroepelijk. Een eerste mogelijkheid tot herroeping, die zowel naar Belgisch als naar Frans recht wordt weerhouden, bestaat erin, dat degene, tot wiens nalatenschap de verzaker geroepen is, verzuimt aan zijn onderhoudsverplichting jegens hem. Een tweede mogelijkheid houdt zowel naar Belgisch als naar Frans recht verband met behoefte van de verzaker. In het Franse recht is herroeping mogelijk voor het geval de verzaker zich bij het openvallen van de nalatenschap in een staat van behoefte bevindt die niet zou bestaan, indien hij niet had verzaakt. Het voorgestelde Belgische artikel maakt geen melding van het feit dat de herroeping tot gevolg moet hebben dat de verzaker niet langer in een staat van behoefte verkeert. In dit opzicht lijkt de Franse wetgever strenger. Enkel indien de verzaking de oorzaak is van de behoefte van de verzaker, kan een herroeping worden toegestaan. Zowel de Belgische als de Franse wetgever stellen, dat de herroeping beperkt blijft tot wat nodig is om de behoefte van de verzaker te dekken.⁴⁷² De derde mogelijkheid wordt geboden, indien hij die het voordeel van de verzaking geniet, onwaardig zou zijn om van de verzaker te erven.⁴⁷³ Het Franse recht spreekt daarentegen van het geval waarin: “*le bénéficiaire de la renonciation s’est rendu coupable d’un crime ou d’un délit contre sa personne*”. *De facto* komt dit op hetzelfde neer. De gronden tot herroeping zijn in beide rechtsstelsels limitatief.⁴⁷⁴ Artikel 930-4 C.c. verduidelijkt bovendien, dat de herroeping nooit van rechtswege geschiedt. Ook naar Belgisch recht moet de herroeping worden gevorderd. In tegenstelling tot het Franse recht bepaalt het Belgische wetsvoorstel wel, dat de herroeping van rechtswege geschiedt in geval zij haar oorzaak vindt in onwaardigheid. De herroepingstermijn bedraagt in beide rechtsstelsels één jaar.⁴⁷⁵ Het vertrekpunt van deze termijn verschilt in

KFBN, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld. Deel III Voorstellen*, Brussel, Bruylant, 2000, 64-65).

⁴⁷⁰ Zie artikel 930 Code civil.

⁴⁷¹ Zie artikel 930-3 Code civil.

⁴⁷² Voor België: zie § 6 van het voorgestelde artikel 918 Burgerlijk Wetboek (artikel 49 Wetsvoorstel (M. TAELMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 52); voor Frankrijk: zie artikel 930-4, laatste lid Code civil.

⁴⁷³ Zie artikel 727 Burgerlijk Wetboek.

⁴⁷⁴ Voor België: zie toelichting onder artikel 49 Wetsvoorstel (M. TAELMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 33; voor Frankrijk: zie aanhef artikel 930-3 Code civil: “*le renonçant ne peut demander la révocation de sa renonciation que si ...*”.

⁴⁷⁵ Voor België: zie §6 van het voorgestelde artikel 918 Burgerlijk Wetboek (Wetsvoorstel (M. TAELMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1, 52); voor Frankrijk: zie artikel 930-4 Code civil.

het Franse recht naargelang de reden van herroeping.⁴⁷⁶ Het Belgische wetsvoorstel gaat uit van één vertrekpunt: de dag van het openvallen van de nalatenschap.

Alle auteurs zijn het erover eens, dat de reserve nadat de nalatenschap is opengefallen, van dwingend recht is. De auteurs die bepleiten dat de reserve van openbare orde is, doen dat enkel voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap. Na het overlijden van de *de cuius* veranderen zij het geweer van schouder. Eerder werd gesteld, dat de reden daarvoor gelegen is in het feit dat men op dat ogenblik kan verzaken aan de vordering tot inkorting. Welnu, indien het voorgesteld artikel wordt aangenomen kan men er niet meer omheen: de reserve is van dwingend recht en niet (langer) van openbare orde. De anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting (en dus aan de reserve) staat immers open voor elke gift, onder welke vorm dan ook en aan wie dan ook.

Los van het feit of dit wetsvoorstel uiteindelijk wordt aangenomen of niet, blijkt eruit dat steeds vaker wordt gedacht aan mogelijkheden om de reserve te omzeilen, zelfs voordat de nalatenschap is opengefallen. Blijven volhouden dat de reserve van openbare orde is, is dan ook moeilijk.

Bovendien wordt door het wetsvoorstel een mogelijkheid geboden om anticipatief te verzaken aan de vordering tot inkorting *in natura*. Er zou immers een lid worden toegevoegd aan artikel 930 BW: “*indien de schenker, evenals alle overige voorbehouden erfgenamen die op het ogenblik van de vervreemding geboren en levend zijn, met de vervreemding hebben ingestemd, zal de vordering tegen de derde houders niet kunnen worden ingesteld*”.⁴⁷⁷ Een gelijkaardige regel zien we in artikel 924-4, lid 2 C.c. In tegenstelling tot het Belgische artikel, bepaalt artikel 924-4, lid 2 C.c. uitdrukkelijk dat deze instemming zowel op de dag van de vervreemding als op een later tijdstip kan gebeuren.⁴⁷⁸ De positie van de voorbehouden erfgenamen verzwakt door deze instemming. Blijkt de persoon die de overdreven gift heeft verkregen, insolvent, dan blijven de reservataire erfgenamen in de kou staan.

Wordt wetsvoorstel aangenomen, is het zo dat zelfs niet alle reservataire erfgenamen moeten instemmen. Het volstaat, dat de reservataire die op het ogenblik van de vervreemding geboren en levend zijn, instemmen met de

⁴⁷⁶ Zie artikel 930-4, lid 2 Code civil.

⁴⁷⁷ Zie artikel 60 Wetsvoorstel (M. TAELEMAN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2207/1.

⁴⁷⁸ De situatie is als volgt: de begiftigde heeft van de erflater een overdreven schenking gekregen en de begiftigde heeft de goederen die het voorwerp uitmaakten van de schenking, al aan een derde vervreemd alvorens de nalatenschap van de schenker is opengefallen. In dat geval kunnen de reservataire erfgenamen verzaken aan hun vordering tot inkorting door in te stemmen met de vervreemding van de begiftigde aan de derde. Op die manier heeft de derde de (rechts)zekerheid dat het verworven goed niet meer aan de inkorting onderworpen zal zijn.

vervreemding.⁴⁷⁹ In het Franse artikel wordt expliciet gezegd, dat de vordering tot inkorting hoe dan ook niet meer kan worden ingesteld, ook niet door reservataire erfgenamen geboren na de instemming van alle overige (op het moment van de instemming levende) reservataire. Hetzelfde kan worden afgeleid uit het voorgestelde tweede lid van artikel 930, lid 2 BW.

Kan men dan nog volhouden dat de reserve van openbare orde is? Zelfs zonder de instemming van de betreffende reservataire erfgenaam kan afbreuk worden gedaan aan zijn reserve. Het zijn de erflater en de andere reservataire erfgenamen die in dat geval beslissen of het later geboren kind zijn reservataire erfrechten al dan niet zal kunnen laten gelden.

3.2.9. *Beweging in de rechtspraak*

De arresten waarin het Hof van Cassatie en sommige lagere rechtspraak uitdrukkelijk hebben gesteld, dat de reserve van openbare orde is, zijn eerder van een oudere datum.

In de rechtspraak werd meermaals verduidelijkt, dat de reservataire erfgenamen na het openvallen van de nalatenschap, kunnen verzaken aan hun vordering tot inkorting.⁴⁸⁰ Zoals eerder uitgelegd kan de reserve bezwaarlijk van openbare orde zijn terwijl kan worden verzaakt aan de vordering tot inkorting. Bovendien dient deze verzaking niet eens op formele wijze te gebeuren!⁴⁸¹ Zij kan zelfs stilzwijgend zijn op voorwaarde dat zij blijkt uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn.⁴⁸² De opvatting dat de reserve zodanig fundamenteel is in onze samenleving, dat zij wordt beschouwd als van openbare orde is mijns inziens dan ook moeilijk te verzoenen met het feit dat men zelfs op stilzwijgende wijze kan verzaken aan zijn reserve. Ook de auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten zijn van oordeel dat zij dit karakter verliest na het openvallen van de nalatenschap.⁴⁸³

De rechtbank van eerste aanleg van Brussel spreekt in zijn vonnis van 22 april 2010⁴⁸⁴ duidelijke taal omtrent het openbareordekarakter van de reserve.⁴⁸⁵ De

⁴⁷⁹ Een voorbeeld: stel een vader heeft 3 kinderen. Hij schenkt een appartement aan zijn neef Karel. Enkele jaren later besluit Karel om het appartement te verkopen aan Chantal. Alle drie de kinderen en vader stemmen in met de vervreemding. Chantal moet in dat geval de vordering tot inkorting niet meer vreezen. Enkele jaren later krijgen de 3 kinderen er nog een broertje bij. Dit kind heeft niet ingestemd met de vervreemding en toch zal het de vordering tot inkorting niet meer kunnen instellen.

⁴⁸⁰ Zie o.a. Luik 25 februari 1947, *JL* 1948, 219; Luik 7 december 1965, *JL* 1965-66, 129; Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 602.

⁴⁸¹ Luik 25 februari 1947, *JL* 1948, 219.

⁴⁸² Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 602.

⁴⁸³ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

⁴⁸⁴ Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, nr. 26.245, 22, noot E. DE WILDE D'ESTEMAEL.

⁴⁸⁵ Het arrest handelt over een *trust*, een naar Belgisch recht ongekende figuur, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de zogenaamde 'legal owner' en 'equitable owner'. De eerste

rechter oordeelt: “*La réserve est une règle impérative, à laquelle le futur défunt ne peut déroger avant son décès, mais à laquelle les successible, qui sont les seuls à pouvoir invoquer la réserve à l’ouverture de la succession, peuvent renoncer après le décès*”. Hieruit valt af te leiden dat de bedoelde rechtbank het openbareordekarakter van de reserve in vraag stelt. Als enigen kunnen de reservataire erfgenamen nadat de nalatenschap is opgevallend, verzaken aan hun reserve.⁴⁸⁶ De rechter voegt er in dit vonnis nog een belangrijke zinsnede aan toe: “*Autrement dit, la réserve n’est plus d’ordre public après le décès*”.⁴⁸⁷ De rechtbank stelt ondubbelzinnig, dat de reserve niet langer van openbare orde is, nadat de nalatenschap is opgevallend. Een arrest dat klaar en duidelijk aangeeft dat het openbareordekarakter van de reserve ook voor de periode vóór het opvallen van de nalatenschap niet meer van deze tijd is, zoals het arrest van 31 december 2008⁴⁸⁸ van het Hof van Cassatie dat volgens sommigen zou doen voor het verbod van erfovereenkomsten, is er echter nog niet gekomen. Het blijft dus wachten op een arrest van het hoogste gerechtshof dat komaf maakt met het openbareordekarakter van de reserve. Dit zal echter in ondubbelzinnige bewoordingen moeten gebeuren, wil men een definitief einde maken aan de discussie. Een arrest als dat van 31 december 2008 met betrekking tot het verbod van erfovereenkomsten gooit louter olie op het vuur.

4. GEVOLGEN VAN DE VASTSTELLING DAT DE RESERVE NIET MEER VAN OPENBARE ORDE IS: VAN AANVULLEND OF DWINGEND RECHT?

Uit het voorgaande moeten voldoende overtuigende argumenten blijken om ervoor te pleiten, dat het vasthouden aan de kwalificatie van de reserve als van openbare orde niet langer mogelijk is. Bijgevolg staat nog een kwalificatie van dwingend of aanvullend recht open.

4.1. EEN RESERVE VAN AANVULLEND RECHT?

Een bepaling van aanvullend recht wordt gekenmerkt door het feit dat de partijen door middel van overeenkomst van genoemde bepaling kunnen

wordt eigenaar van de goederen en heeft het beheer en controle over de goederen die een vermogen vormen, afgezonderd van zijn eigen vermogen. De *equitable owner*, die de begunstigde is, krijgt het vruchtgebruik over de opbrengst van de *trust* en beschikt over een volgrecht.

⁴⁸⁶ Zoals meermaal aangegeven is een bepaling van openbare orde immers niet vatbaar voor afstand. Bovendien zou een schending ervan door iedere belanghebbende kunnen worden ingeroepen.

⁴⁸⁷ Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, nr. 26.245, 22, noot E. DE WILDE D’ESTEMAEL.

⁴⁸⁸ Cass. 31 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2417; *Rev.not.b.* 2011, 415, noot H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS en B. VERDICKT; *Rev.trim.dr.fam.* 2009, 587; *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 1287.

afwijken. Enkel indien de partijen niets zijn overeengekomen, krijgen deze aanvullende bepalingen uitwerking.⁴⁸⁹ Deze afstand of berusting kan zich voordoen op elk ogenblik. De reservataire erfgenamen kunnen echter niet op een juridisch bindende wijze reeds vóór het overlijden van de erflater een overeenkomst sluiten waarbij zij afstand doen van de vordering tot inkorting. Er bestaat (vooralsnog) geen algemene mogelijkheid tot verzaking aan de reserve voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap. Bovendien zou een dergelijke verzaking een verboden erfovereenkomst uitmaken. Het is dan ook onmogelijk de reserve te kwalificeren als van aanvullend recht.

Enkel voor de periode na het openvallen van de nalatenschap zou de reserve een kwalificatie van aanvullend recht kunnen worden toegekend, in die zin dat de reservataire erfgenaam dan immers zonder aan enige voorwaarden te moeten voldoen kan verzaken aan de vordering tot inkorting. Men zou echter elke bepaling die van dwingend recht is, op basis van deze redenering kunnen kwalificeren als van aanvullend recht voor de periode nadat de dwingende bescherming vervalt. Vanaf dat moment kan immers van elke bepaling van dwingend recht worden afgeweken. Het zijn overigens ook niet de partijen die na het openvallen van de nalatenschap een andersluidende *overeenkomst* sluiten. De verzaking aan de vordering tot inkorting is immers een eenzijdige beslissing van de reservataire erfgenaam.

Zoals hoger uiteengezet hebben bepalingen van aanvullend recht uitwerking op voorwaarde dat de partijen er bij overeenkomst niet van hebben afgeweken. De reservataire erfgenamen moeten daarentegen actie ondernemen, willen zij hun reserve toebedeeld krijgen. Zij dienen immers de vordering tot inkorting in te stellen. Dat gebeurt niet automatisch. In feite gaat het bijgevolg om de omgekeerde situatie: normalerwijze dienen de personen in kwestie geen actie te ondernemen opdat de aanvullende regels in werking zouden treden. Doen zij dit wel, dan zal wat zij overeengekomen zijn in de plaats treden van de aanvullende regels.

Uit het voorgaande kan worden besloten, dat het niet opgaat de reserve te kwalificeren als van aanvullend recht. Bovendien zou een kwalificatie van de reserve als van aanvullend recht in hoofde van de reservataire erfgenamen er in feite op neerkomen, dat het *ab intestaat* erfrecht wordt vervangen door de reserveregeling.⁴⁹⁰ Dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn.

⁴⁸⁹ G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 9; P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 342, nr. 656.

⁴⁹⁰ Oordeelt men dat de reserve van aanvullend recht is, dan betekent dit, dat de reservataire erfgenaam bij gebrek aan een andersluidende overeenkomst, zijn reservataire deel kan opeisen. Welnu, waarom zou het *ab intestaat* erfrecht er dan nog zijn? Het *ab intestaat* erfrecht zou er dan enkel nog zijn voor de erfgenamen die geen reservataire erfgenamen zijn. Het *ab intestaat* erfrecht kan worden gekwalificeerd als van aanvullend recht, omdat het slechts speelt, indien de erflater geen schikkingen heeft getroffen.

Met het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 wordt evenwel voorzien in de invoering van een bepaling waardoor een (veralgemeende) anticipatieve verzaking aan de vordering tot inkorting mogelijk zou zijn. In die zin valt er iets te zeggen voor de argumentatie dat de reserve eerder van aanvullend recht wordt: enkel indien de reservataire erfgenaam geen overeenkomst sluit tot anticipatieve verzaking, krijgt de reserve uitwerking. Het is echter niet mogelijk om aan de volledige reserve te verzaken. Men zou dus ten aanzien van elk vermogensbestanddeel apart anticipatief moeten verzaken aan de vordering tot inkorting om de reserve volledig uit te sluiten. Sommige reeds uiteengezette overwegingen blijven echter ook hier spelen.

4.2. EEN RESERVE VAN DWINGEND RECHT?

De reserveregeling kan bijgevolg niet worden beschouwd als van aanvullend recht. Dient zij dan te worden beschouwd als van dwingend recht?

De sanctie bij een inbreuk op een bepaling van dwingend recht is de relatieve nietigheid. Een relatieve nietigheid kan enkel worden ingeroepen iemand die behoort tot de groep die door de overtreden en met nietigheid gesanctioneerde rechtsregel wordt beschermd.⁴⁹¹ Uit wat voorafging, blijkt dat de reserve thans een beschermingsfunctie heeft. Zij beoogt de private belangen van de reservataire erfgenamen te beschermen. De groep die door de overtreden en met nietigheid gesanctioneerde rechtsregel wordt beschermd, is dan ook die van de reservataire erfgenamen. Het dwingendrechtelijke karakter van de reserve sluit hierbij perfect aan. Immers, uit het persoonlijke karakter van de vordering tot inkorting zoals verwoord in artikel 921 BW volgt, dat de vordering tot inkorting enkel kan worden ingesteld door degene aan wie de wet een voorbehouden deel heeft toegekend.

Men gaat er (traditioneel) bovendien van uit dat een relatieve nietigheid niet ambtshalve kan worden opgeworpen door de rechter.⁴⁹² Ook dit sluit aan bij artikel 921 BW: de reservataire erfgenamen dienen zich op de vordering tot inkorting te beroepen. Zij hebben louter een betwistingsrecht.

Kwalificeert men de reserve als van dwingend recht, dan moet een schending van de reserve *in limine litis* worden opgeworpen.⁴⁹³ Laat men dit na, dan

⁴⁹¹ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 109-110, nr. 211-212.

⁴⁹² Het onderscheid tussen de relatieve en absolute nietigheid is op dit gebied echter wat verwaterd. Thans wordt pleit dat de rechter ook een schending van een relatieve nietigheid ambtshalve kan opwerpen: zie F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2778-2779, nr. 66; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 189, nr. 76.

⁴⁹³ F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2751, nr. 46; R. DEVLOO en G. MARTYN, *Een kennismaking met recht en rechtspraak*, Brugge, die Keure, 2008, 368; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III, Verbintenissen – bewijsleer – gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 109-110, nr. 211-212; S. STIJNS, “Nietigheid van het

wordt de partij wiens bescherming de bepaling beoogt, geacht afstand te hebben gedaan van de mogelijkheid om de nietigheid te vorderen of op te werpen.⁴⁹⁴ Aangenomen wordt dat de vordering tot inkorting *in limine litis* moet worden opgeworpen, zodat ook dit kenmerk perfect aansluit bij het dwingendrecht karakter van de reserve.⁴⁹⁵

De reservataire erfgenamen beschikken over een betwistingsrecht. Van een verplichting om kwantitatieve of kwalitatieve aantastingen van hun reserve door de erflater aan te vechten is geenszins sprake.⁴⁹⁶ Na het openvallen van de nalatenschap kunnen zij aan de vordering tot inkorting verzaken.⁴⁹⁷ Een dergelijke verzaking kan expliciet en zelfs impliciet gebeuren op voorwaarde dat zij blijkt uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn.⁴⁹⁸

In de rechtsleer bestaat discussie omtrent het tijdstip waarop afstand van, of bevestiging van een inbreuk op, een bepaling van dwingend recht mogelijk is: eens de rechten verworven zijn of eens de bescherming uitwerking heeft kunnen hebben. Toegepast op de reserve en de vordering tot inkorting lijken beide opvattingen echter tot hetzelfde resultaat te leiden. De rechten zijn verworven bij het openvallen van de nalatenschap. Op dat moment kan de bescherming ook uitwerking hebben, doordat de reservataire erfgenamen de vordering tot inkorting kunnen instellen. Op dat ogenblik kunnen zij dan ook verzaken aan de reserve door de vordering tot inkorting niet in te stellen.

Bepalingen van openbare orde worden geacht het algemeen belang te dienen, terwijl bepalingen van dwingend recht particuliere belangen voor ogen hebben. Ook dit kenmerk strookt met het dwingendrecht karakter van de reserve. Hoger werd aangetoond, dat de reserve (thans) veeleer een bescherming vormt voor de private belangen van de reservataire erfgenamen. De motieven van algemeen belang die ten tijde van de Franse Revolutie en bij het opstellen van de *Code Napoléon* bestonden kunnen de huidige reserve niet meer verklaren.

contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 230.

⁴⁹⁴ PEERAER is het hier nochtans niet mee eens. Hij verwijst naar het standpunt van het Hof van Cassatie dat oordeelt, dat afstand niet kan worden vermoed, maar enkel kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere verklaring vatbaar zijn (Cass. 28 januari 2008, S.07.0097.N.; Cass. 24 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 140; Cass. 20 december 1978, *Pas.* 1979, I, 478; Cass. 4 november 1977, *Pas.* 1978, I, 270; Cass. 18 april 1968, *Pas.* 1968, I, 981). Hij stelt dan ook, dat er geen verplichting (meer) is om een relatieve nietigheid *in limine litis* op te werpen (F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenisrecht”, *TPR* 2013, 2751-2752, nr. 46).

⁴⁹⁵ Zie P. DELNOY en P. DE PAGE (eds.), *Libéralités, successions légales, partages et droits de succession*, Luik, Formation permanente CUP, 1999, 77-78.

⁴⁹⁶ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 281-282, nr. 226; H. DU FAUX, “Commentaar bij art. 913 BW” in *Comm. Erf.*, 1988, nr. 2; R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 341.

⁴⁹⁷ Zie o.a. Cass. 3 mei 1867, *Pas.* 1867, I. 320; Bergen 15 september 1992, *Rev.not.b.* 1995, 22; Rb. Luik 7 maart 1994, *Pas.* 1993, III, 80.

⁴⁹⁸ Zie o.a. Bergen 15 april 1994, *Rev.not.b.* 1994, 560; Bergen 15 september 1992, *Rev.not.b.* 1995, 22; Rb. Namen 30 januari 2009, *JT* 2009, 602.

Uit het voorgaande blijkt, dat een kwalificatie van de reserve als van dwingend recht beter strookt met de kenmerken van de reserve en vooral met het instrument ter bescherming ervan, de vordering tot inkorting. Het antwoord op de onderzoeksvraag van deze werk luidt mijns inziens dan ook, dat “*de huidige erfrechtelijke reserve van dwingend recht is*”.

Een concreet gevolg van het feit, dat de reserve niet (langer) van openbare orde is, is dat een alternatieve beschikking geldig is.⁴⁹⁹ Dit geldt ook voor de ‘extralegale’ alternatieve beschikking en dus niet enkel voor het wettelijk toepassingsgeval ervan in artikel 917 BW. Men kan immers berusten in een schending van een bepaling van dwingend recht, nadat de dwingende bescherming vervalt. Bijgevolg kan de reservataire erfgenaam akkoord gaan met de alternatieve beschikking door de erflater in zijn testament getroffen. Dit akkoord vindt immers plaats na het openvallen van de nalatenschap en dat is het moment waarop de dwingende bescherming vervalt. In principe zou deze verzaking aan de vordering tot inkorting niet mogelijk zijn indien men de reserve kwalificeert als van openbare orde. Toch wordt al lang aanvaard, dat de reservataire erfgenaam aan zijn vordering tot inkorting kan verzaken, nadat de nalatenschap is opengevallen. Daarom stellen ook de auteurs die bepleiten dat de reserve van openbare orde is, dat zij op dat ogenblik nog ‘slechts’ van dwingend recht is.⁵⁰⁰

Eerder werd reeds verduidelijkt, dat in de rechtsleer discussie heerst of elk testamentair strafbeding zonder meer geldig is. In de doctrine is men het er immers niet over eens wat onder het begrip ‘wet’ in de zin van artikel 900 BW moet worden verstaan.⁵⁰¹ Enkel indien onder het begrip ‘wet’ tevens bepalingen van dwingend recht worden verstaan, kan de stelling worden aangehouden, dat strafbedingen ter garantie van een inbreuk op de reserve ongeldig zijn. De reserve is immers van dwingend recht. Wordt daarentegen de stelling gevolgd, dat het begrip ‘wet’ enkel bepalingen van openbare orde behelst, is de conclusie dat een dergelijk strafbeding hoe dan ook geldig is.⁵⁰²

⁴⁹⁹ Zie ook A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Algemeen deel V. Vermogensplanning met effect na overlijden: erfrecht en testamenten*, Gent, Larcier, 2005, 211.

⁵⁰⁰ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 978, nr. 1903.

⁵⁰¹ Sommige auteurs oordelen, dat daaronder zowel wetten van openbare orde dienen te worden verstaan als wetten die ‘slechts’ van dwingend recht zijn. Andere auteurs vatten het begrip ‘wet’ strikter op en oordelen, dat enkel wetten die de openbare orde raken onder dit begrip vallen. Wetten die daarentegen het private belang (van erfgenamen) voor ogen hebben, zouden niet onder het begrip vallen.

⁵⁰² Dient nog worden opgemerkt dat, zoals eerder uiteengezet, de discussie omtrent het begrip ‘wet’ in artikel 900 BW door sommige auteurs wordt vermeden. Zij hanteren de zogenaamde ‘optieleer’ en stellen dat met een strafbeding geen enkele verplichting, maar juist een keuze wordt opgelegd aan de reservataire erfgenaam tussen de testamentaire beschikking (die inbreuk maakt op de reserve) en het reservataire deel. Zij stellen dat het niet uitmaakt of de reserve als van openbare

De kwalificatie van de reserve als van dwingend recht lijkt op het eerste zicht ook meer mogelijkheden te bieden voor ‘nalatenschapsplanning’. Zo zouden de (reservataire) erfgenamen en de erflater reeds tijdens het leven van deze laatste een regeling kunnen treffen omtrent de verdeling van de nalatenschap. Deze regeling zou zelfs kunnen inhouden dat de reserve wordt geschonden. Een inbreuk op de reserve kan immers worden bevestigd na het openvallen van de nalatenschap aangezien het nog slechts om een relatieve nietigheid gaat. Nochtans moet worden opgemerkt dat het verbod van erfovereenkomsten roet in het eten gooit.⁵⁰³ Enkel indien ook dit verbod wordt aangepakt (wat het nieuwe wetsvoorstel ook doet o.a. door het verbod op te heffen voor erfovereenkomsten ten bijzondere titel) kan aan ‘nalatenschapsplanning’ die inbreuk op de reserve maakt, worden gedaan. Wordt het verbod van erfovereenkomsten niet aangepakt, dan lijkt, afgezien van de wettelijk voorziene uitzonderingen, het sluiten van een mondeling akkoord tussen erflater en reservataire erfgenaam de enige mogelijkheid om aan ‘nalatenschapsplanning’ te doen. Zo kan mondeling overeengekomen worden met de reservataire erfgenamen dat zij de vordering tot inkorting niet zullen instellen. Nochtans is de reservataire erfgenaam hierdoor juridisch niet gebonden en kan hij na het overlijden van de erflater zonder meer afwijken van zijn ‘overeenkomst’ met de erflater. De erflater is voor het respecteren van zijn laatste wil dan ook afhankelijk van de goede wil van de reservataire erfgenaam: “*It takes two to tango*”.

5. BESLUIT

Waar in het Franse recht een grote eensgezindheid heerst omtrent het karakter van de reserve, lijkt de verdeeldheid in de Belgische rechtsleer des te groter. De traditionele opvatting splitst het karakter van de reserve op in de periode vóór (openbare orde) en de periode na het openvallen van de nalatenschap (dwingend recht). Een recentere opvatting gaat over de hele lijn uit van een dwingendrecht karakter. Een derde opvatting splitst het karakter van de reserve eveneens op, maar dan niet in periodes, maar naargelang de reserve wordt bekeken vanuit het standpunt van de erflater (dwingend recht), dan wel vanuit dat van de reservataire erfgenaam (aanvullend recht). Eensgezindheid bestaat in de rechtsleer wel over het feit dat de reserve voor de periode na het overlijden van de erflater niet van openbare orde kan zijn. Op dat ogenblik kan immers worden verzaakt aan de vordering tot inkorting.

orde, dan wel als van dwingend recht wordt gekwalificeerd. Het testamentair strafbeding is hoe dan ook geldig.

⁵⁰³ Zie ook M. ADRIAENS, “Vaders wil is wet, of toch niet helemaal? Over het *de facto* onterven van reservataire erfgenamen door middel van giften” in R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Actuele knelpunten familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 186, nr. 13.

Nochtans heeft de kwalificatie van de reserve als van openbare orde, van dwingend recht of van aanvullend recht een aantal fundamentele verschilpunten. In dit werk werd daarom gezocht naar een antwoord op de volgende onderzoeksvraag: “*Is ‘onze’ huidige erfrechtelijke reserve van openbare orde dan wel van dwingend recht en wat zijn de gevolgen van de kwalificatie in de ene dan wel de andere zin?*”.

In eerste instant kon een overtuigend argument worden gevonden in het feit dat het Hof van Cassatie in verschillende arresten uitdrukkelijk heeft gesteld, dat de reserve van openbare orde is. Dat deed ook het Franse Hof van Cassatie meermaals. Desondanks is gebleken, dat het in beide landen al enige tijd geleden is, dat het Hof deze stelling nog heeft herhaald.

Het openbareordekarakter van de reserve werd door zowel het Hof als door de auteurs die dit karakter bepleiten, verantwoord door te wijzen op de familiale en maatschappelijke functie van de reserve. Nochtans is gebleken, dat de motieven voor de invoering van de reserve in vraag kunnen worden gesteld. Een terugkeer naar het feodalisme is niet meer te vrezzen. Bovendien kan de reserve, gelet op de hoge ‘erfleeftijd’, niet langer een onderhoudsfunctie worden toegekend. Dat de reserve de familiebanden verstevigt, kan eveneens in vraag worden gesteld. Het is immers geenzins een vereiste voor de reservataire erfgenamen om de familievrede te bewaren. Ten tijde van het opstellen van de *Code Napoléon* was de familie zeer belangrijk, er waren immers weinig alternatieven. Tegenwoordig functioneert echter de verzorgingsstaat. De reservataire erfgenamen kunnen bij problemen aankloppen bij de overheid. De noodzaak om de familiebanden intact te houden is dan ook minder acuut.

Bijgevolg kan dan ook in vraag worden gesteld of de reserve nog wel beoogt het algemeen belang te beschermen. Meer en meer lijkt het erop, dat de reserve een instelling is (geworden) die de private belangen van de reservataire erfgenamen beoogt te beschermen. Dit gegeven pleit in het voordeel van het standpunt dat de reserve van dwingend recht is.

De auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, kunnen steun vinden in het feit dat bij het opstellen van de *Code Napoléon* is gekozen voor de sterke bescherming van de *pars hereditatis*. Op die manier beschikken de reservataire erfgenamen over een zakelijk vorderingsrecht. In combinatie met de maatschappelijke en familiale functie kan dat dienen als argument *pro* het openbareordekarakter van de reserve. Met een reserve als *pars hereditatis* wordt de doelstelling van het behoud van de goederen binnen de familie veilig gesteld. Gelet op het voorgaande en met name op de verzwakking van de maatschappelijke en familiale functie van de reserve, lijkt dit argument nu echter minder overtuigend. Bovendien voorziet het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 dat bij giften aan (reservataire) erfgenamen de vordering tot inkorting in waarde zou gebeuren. In dat geval beschikken de reservataire

immers ‘slechts’ over een persoonlijk in plaats van over een zakelijk vorderingsrecht. De omvorming van de vordering tot inkorting in *natura* naar een inkorting in waarde is ook één van (hoofd)redenen waarom de Franse rechtsleer niet meer zweert bij het openbareordekarakter van de reserve.

Zoals eerder aangegeven, stellen de auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, dat die reserve na het openvallen van de nalatenschap nog slechts van dwingend recht is. Dit wordt verklaard door het feit dat op dat ogenblik aan de vordering tot inkorting en bijgevolg aan de reserve kan worden verzaakt. Een anticipatieve verzaking is daarentegen, gelet op het verbod van erfovereenkomsten, in beginsel niet mogelijk. Nochtans is het resultaat hetzelfde indien de reserve over de hele lijn als van dwingend recht wordt beschouwd. Ook dan kan niet anticipatief worden verzaakt. De rechten zijn immers pas verworven (of de bescherming kan pas uitwerking hebben) op het ogenblik waarop de nalatenschap openvalt. Pas vanaf dat ogenblik is een afwijking van een bepaling van dwingend recht mogelijk.

Gelet op de principiële onmogelijkheid tot anticipatieve verzaking waardoor de reservataire erfgenamen enkel na het openvallen van de nalatenschap kunnen verzaken aan hun reserve, wordt volgens de auteurs die het openbareordekarakter van de reserve bepleiten, dan ook alleen maar voor deze laatste periode druk gezet op het openbareordekarakter. Enkel voor de periode na het openvallen van de nalatenschap moet de reserve worden gekwalificeerd als van dwingend recht. In het kader hiervan moet echter opgemerkt, dat een aantal uitzonderingen op de reserve bestaat (o.m. (vroeger) de levensverzekering, artikel 918 BW, de Erfrechtverordening, de alternatieve beschikking, dienstengiften, luxe-uitgaven). Naarmate het aantal uitzonderingen op de regel toeneemt – denk aan de voorgestelde uitzondering voor ‘zorgkinderen’ – en naarmate het toepassingsgebied van die uitzonderingen verruimd komt het openbareordekarakter van de reserve steeds meer onder druk.

De bevolking zelf huldigt ook steeds minder de idee van een dwingende reserve, laat staan van een reserve die van openbare orde is. Dat blijkt uit enkele enquêtes door de Tijd en uit onderzoek van de KFBN. Er bestaat, zoals het genoemde nieuwe wetsvoorstel ook aangeeft, een groeiende maatschappelijke vraag om meer gewicht toe te kennen aan de beschikkingsvrijheid van de erfflater.

Ook de kenmerken van de reserve en de vordering tot inkorting wijzen in de richting van een dwingendrecht karakter. Uit artikel 921 BW blijkt immers dat de inkorting uitsluitend kan worden gevorderd door de reservataire erfgenamen en door hun erfgenamen of rechtsverkrijgenden. Een dwingendrecht karakter van de reserve sluit hierbij perfect aan: een schending van een bepaling van dwingend recht kan slechts worden ingeroepen door de personen van wie de

belangen door de wet worden beschermd of door hun wettelijke vertegenwoordigers.

Ten tweede beschikken de reservataire erfgenamen over een aanvechtingsrecht, wat impliceert, dat zij zich op hun reservataire bescherming moeten beroepen. Van een bescherming van rechtswege is geen sprake. Dit impliceert ook, dat de rechter een schending van de reserve niet ambtshalve mag opwerpen. Dat gaat opnieuw in tegen de openbareordekwalificatie van de reserve. Bij een bepaling van dwingend recht dient de beschermde persoon zich te beroepen op de nietigheid. Een dwingendrecht karakter blijkt hier bijgevolg opnieuw beter aan te sluiten.

Tot slot blijkt uit het feit dat de reservataire erfgenamen een betwistingsrecht hebben, ook dat zij na het openvallen van de nalatenschap kunnen verzaken aan hun reservebescherming en berusten in een schending van de reserve. Ook dit kenmerk lijkt te wijzen in de richting van een dwingendrecht karakter. Een bepaling van openbare orde is niet vatbaar voor afstand of berusting. Van een bepaling van dwingend recht kan immers eens de rechten verworven zijn (of eens de bescherming uitwerking heeft kunnen hebben) worden afgeweken. Toegepast op de reserve zou een verzaking mogelijk zijn eens de nalatenschap is opengevallen: op dat moment zijn de rechten verworven en kan de bescherming uitwerking hebben.

Het voorgaande wijst op een dwingendrecht karakter van de reserve. Men kan zich dan ook de vraag stellen waarom er nog steeds auteurs zijn die stellen, dat de reserve van openbare orde is. Als verantwoording voor het openbareorde karakter van de reserve stellen deze auteurs, dat zij een maatschappelijke en familiale functie heeft. Nochtans oordelen diezelfde auteurs, dat de reserve na het openvallen van de nalatenschap nog slechts van dwingend recht is. Valt die maatschappelijke functie dan plots weg na het overlijden van de *de cuius*? Bovendien is gebleken, dat de maatschappelijke en familiale rol van de reserve is uitgespeeld (althans in die mate zij het openbareorde karakter ervan kan verantwoorden).

De auteurs die het openbareorde karakter van de reserve bepleiten, doen dit enkel voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap. Na het overlijden van de erflater verliest de reserve dat karakter, omdat de reservataire erfgenamen dan kunnen verzaken aan hun vordering tot inkorting. Vóór het openvallen van de nalatenschap kunnen zij (in beginsel) niet verzaken aan hun vordering tot inkorting. Een dergelijke verzaking maakt een verboden erfovereenkomst uit. In de periode vóór het openvallen van de nalatenschap worden de genoemde auteurs bijgevolg niet geconfronteerd met wat hen ertoe heeft gebracht te bepleiten, dat de reserve na het overlijden van de *de cuius* nog slechts van dwingend recht is. Nochtans kan dit het openbareorde karakter van de reserve nog niet verklaren. Indien de reserve over de hele lijn een dwingendrecht karakter wordt toegekend, leidt dit immers tot hetzelfde

restulaat. Ook dan kan (in beginsel) van de reserve niet worden afgeweken vóór het openvallen van de nalatenschap.

De reden van de openbareordekwalificatie van de reserve voor die periode moet mijns inziens dan ook worden gezocht bij het karakter van het verbod van erfovereenkomsten. Meerdere gezaghebbende auteurs kennen aan dit verbod, vooral na het arrest van het Hof van Cassatie van 31 december 2008, een dwingendrechtkarakter toe. Nochtans is niet iedere rechtsgeleerde hiervan overtuigd. Laat het nu net de auteurs zijn die bepleiten, dat de reserve nog van openbare orde is voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap, die ook nog steeds het openbareordekarakter van het verbod van erfovereenkomsten bepleiten. Omdat het (openbareordekarakter) van het verbod van erfovereenkomsten niet langer speelt na het openvallen van de nalatenschap en omdat er bijgevolg van de reserve kan worden afgeweken zonder op dit verbod te stoten, kan de reserve voor die periode niet anders dan als van dwingend recht worden beschouwd. Voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap is afstand van de reserve in beginsel niet mogelijk en stoot men op het (openbareordekarakter) van het verbod van erfovereenkomsten. Deze redenering lijkt (thans nog) de enige verklaring voor het feit dat de genoemde auteurs vasthouden aan het openbareordekarakter van de reserve.

Meerdere vooraanstaande rechtsgeleerden bepleiten nochtans, dat het verbod van erf-overeenkomsten nog slechts van dwingend recht is. Zo ook de indieners van het nieuwe wetsvoorstel. Het wetsvoorstel wenst het verbod bovendien op te heffen voor erfovereenkomsten ten bijzondere titel. De redenering om de reserve een openbareordekarakter toe te kennen voor de periode vóór het openvallen van de nalatenschap omwille van het feit dat een anticipatieve verzaking een inbreuk zou maken op het (openbareordekarakter van het) verbod van erfovereenkomsten, gaat niet langer op bij een kwalificatie van dit verbod als van dwingend recht.

Dat de maatschappelijke evolutie druk zet op het openbareordekarakter van de reserve, blijkt ook uit het genoemde nieuwe wetsvoorstel. Het recht is evolutief en dient zich aan te passen aan de maatschappelijke evolutie. Het bewuste wetvoorstel tracht tegemoet te komen aan de maatschappelijke noden en vragen. Een greep uit de voorgestelde wijzigingen maakt duidelijk dat de maatschappelijke functie van de reserve verzwakt.

Door het beschikbaar deel te verruimen en onveranderlijk vast te leggen op de helft van de nalatenschap wordt meer gewicht toegekend aan de beschikkingsvrijheid van de erflater ten nadele van de reserve.

Eerder werd al gewezen op de gedeeltelijke omvorming van de vordering tot inkorting in *natura* naar een inkorting in waarde, die het wetsvoorstel beoogt.

Tot slot beoogt de wetgever ook een verruimde mogelijkheid in te voeren om anticipatief aan de vordering tot inkorting te verzaken. Ook hiermee wordt tegemoet gekomen aan een maatschappelijke vraag: “*bij ouders bestaat vaak de behoefte om met medewerking van de kinderen een regeling over de nalatenschap te treffen*”. De voorgestelde wijziging is geïnspireerd op het Franse artikel 929 C.c., de ‘*RAAR*’. Het Belgische voorstel is wel geen exacte kopie. In tegenstelling tot wat in Frankrijk mogelijk is, zou een verzaking aan de reserve *tout court* in het Belgische recht niet mogelijk zijn. *De facto* kan echter hetzelfde resultaat worden bereikt door ten aanzien van alle giften van de erflater te verzaken aan de vordering tot inkorting. Zijn de giften van die omvang of van die hoeveelheid dat zij het volledige reservataire deel omvatten, dan verzaakt de reservataire erfgenaam op die manier aan zijn volledige reserve. Het feit dat over de invoering van deze mogelijkheid wordt nagedacht en dat op basis ervan zelfs een wetsvoorstel wordt ingediend, zet andermaal druk op het openbareordekarakter van de reserve. In Frankrijk heeft de invoering van de ‘*RAAR*’ ervoor gezorgd, dat de stelling dat de reserve van openbare orde is, niet langer houdbaar is.

Aanwijzingen voor het feit dat de reserve niet langer van openbare orde is kunnen tenslotte ook worden gevonden in de rechtspraak. Verschillende arresten maken duidelijk, dat de reservataire erfgenamen na het openvallen van de nalatenschap – zelfs stilzwijgend – aan hun vordering tot inkorting kunnen verzaken. De reserve kan bezwaarlijk van openbare orde zijn, terwijl kan worden verzaakt aan de vordering tot inkorting. Dat de reserve voor de periode na het openvallen van de nalatenschap niet langer van openbare orde is, werd bovendien in een vonnis van 22 april 2010 uitdrukkelijk bepaald door de rechtbank van eerste aanleg van Brussel.

Uit het voorgaande moeten voldoende overtuigende argumenten blijken om ervoor te pleiten, dat vasthouden aan de kwalificatie van de reserve als van openbare orde niet langer mogelijk is. Blijft nu nog de vraag of de reserve van aanvullend of van dwingend recht is.

Aangezien een berusting in een schending van de reserve in beginsel niet mogelijk is alvorens de nalatenschap is opengevallen, kan de reserve niet worden gekwalificeerd als van aanvullend recht. Bepalingen van aanvullend recht hebben bovendien hun uitwerking op voorwaarde dat de partijen er bij overeenkomst niet van hebben afgeweken. De reservataire erfgenamen moeten daarentegen actie ondernemen, willen zij hun reserve toebedeeld krijgen. Zij dienen immers de vordering tot inkorting in te stellen. Dat gebeurt niet automatisch. In die zin kan de reserve ook voor de periode na het openvallen van de nalatenschap niet worden gekwalificeerd als van aanvullend recht.

De reserve moet dan ook worden beschouwd als van dwingend recht. Zoals uiteengezet sluit deze kwalificatie perfect aan bij de kenmerken van de vordering tot inkorting en van de reserve: de inkorting kan enkel door de

reservataire erfgenamen en eventueel hun erfgenamen of rechtsverkrijgenden worden gevorderd; de vordering tot inkorting moet *in limine litis* worden opgeworpen; de reservataire erfgenamen kunnen na het openvallen van de nalatenschap verzaken aan de vordering tot inkorting. Bovendien werd hoger aangetoond, dat de reserve thans een bescherming vormt voor de private belangen van de reservataire erfgenamen.

Gelet op het bovenstaande moet dan ook het volgende antwoord worden gegeven op de onderzoeksvraag: “*De huidige erfrechtelijke reserve is van dwingend recht.*”

Een concreet gevolg van het feit, dat de reserve niet langer van openbare orde is, is dat een alternatieve beschikking ook buiten de grenzen van artikel 917 BW geldig is. Men kan immers in een schending van een bepaling van dwingend recht berusten, nadat de dwingende bescherming vervalt. Afhankelijk van de betekenis die aan het begrip ‘wet’ in de zin van artikel 900 BW wordt gegeven, moet bovendien geconcludeerd worden, dat een testamentair strafbeding dat dient tot waarborg van een inbreuk op de reserve, geldig dan wel ongeldig is. Enkel indien onder het begrip ‘wet’ tevens bepalingen van dwingend recht worden verstaan, kan de stelling worden aangehouden, dat testamentaire strafbedingen ter garantie van een inbreuk op de reserve ongeldig zijn. Wordt daarentegen de tweede stelling gevolgd, dan is de conclusie dat een dergelijk strafbeding hoe dan ook geldig is.

Op het eerste zicht lijkt de kwalificatie van de reserve als van dwingend recht ook meer mogelijkheden te bieden om aan ‘nalatenschapsplanning’ te doen. Dat is echter zonder het verbod van erfovereenkomsten gerekend. Dit verbod belet immers dat overeenkomsten worden gesloten over een nog niet opengevallen nalatenschap. Enkel indien ook dit verbod wordt aangepakt (wat het wetsvoorstel van 5 augustus 2013 ook doet o.a. door het verbod op te heffen voor erfovereenkomsten ten bijzondere titel) kan aan ‘nalatenschapsplanning’ die inbreuk maakt op de reserve worden gedaan. Afgezien van de wettelijk voorziene uitzonderingen, lijkt het sluiten van een mondeling akkoord tussen erflater en reservataire erfgenaam de enige mogelijkheid om aan ‘nalatenschapsplanning’ te doen. Nochtans is de reservataire erfgenaam hierdoor niet juridisch gebonden en kan hij na het overlijden van de erflater zonder meer afwijken van zijn ‘overeenkomst’ met de erflater. De erflater is voor het respecteren van zijn laatste wil dan ook afhankelijk van de goede wil van de reservataire erfgenaam: “*It takes two to tango*”.