

1. Inleiding

1. Volgens artikel 747 BW erven de bloedverwanten in opgaande lijn, met uitsluiting van alle anderen, de zaken door hen geschonken aan hun kinderen of afstammelingen die zonder nakomelingschap gestorven zijn, wanneer de geschonken zaken nog in natura aanwezig zijn in de nalatenschap. Als die zaken vervreemd zijn, bekomen de bloedverwanten in opgaande lijn de prijs die daarvoor nog verschuldigd mocht zijn. Zij erven ook de rechtsvordering tot terugneming die de begiftigde mocht hebben.

Dat is het kernartikel over de wettelijke terugkeer.

2. Daarbij rijzen een aantal vragen:

- “[...] met uitsluiting van alle anderen”: Betekent dit dat zij niet delen in de schulden?
- “[...] door hen geschonken”: Wat is een schenking? Is ook een verzaking een schenking? En de niet-uitoefening van een optie? En wat bij indirecte schenkingen, of schenkingen met last?
- “[...] aan hun kinderen of afstammelingen”: Geldt dit ook voor kinderen die zij geadopteerd hebben? En geldt dit ook als hun kinderen door iemand anders geadopteerd zijn?
- “[...] die zonder nakomelingschap gestorven zijn”: Wat als de begiftigde wel een kind had, dat kort na hem overleden is?
- “[...] nog in natura aanwezig”: Is hier zaakvervanging mogelijk? Wat bijvoorbeeld bij inbreng in een burgerlijke maatschap? Is dat een ‘vervreemding’ in de zin van artikel 747?
- “[...] de rechtsvordering tot terugneming”: Omvat dit ook hypothese waarin de prijs op een gemeenschappelijke rekening gestort werd?

Wij bekijken daarnaast de specifieke regels voor geadopteerde kinderen in artikel 353-16 BW, en de specifieke mogelijkheid om aan de echtgenote van de begiftigde het recht op vruchtgebruik op de goederen onderworpen aan wettelijke terugkeer te ontnemen, zoals in artikel 745bis, § 2 BW is bepaald.

Dit zijn alle vragen die we zullen proberen te beantwoorden, met min of meer zekerheid. Maar vooraf bekijken we de oorsprong van de regel, de ratio ervan.

2. Oorsprong en totstandkoming van de regel

3. De auteurs van het Burgerlijk Wetboek, en met name MALEVILLE², verwijzen voor de oorsprong van de regel naar het Romeinse recht, meer bepaald de *Lex iure succursum* in de Digesten, of D.23.3.6, waar POMPONIUS zegt: “Door het recht wordt tegevoetgekomen aan de vader, als hem de bruidsschat die van hem afkomstig is teruggegeven wordt, na het overlijden van de dochter, zodat hij niet het verlies van zijn dochter en bovendien het verlies van zijn vermogen moet ondergaan”.³

Ook in oudere werken wordt naar telkens diezelfde passage in de Digesten verwezen⁴, en ook latere rechtsleer verwijst naar dezelfde bron: DELVINCOURT, TOULLIER, DEMOLOMBE, ARNTZ en PANIOL.⁵ Toch lijkt het recht van terugkeer al in 1268 toegepast te worden in een arrest van het parlement van Parijs, dus ten noorden van de Loire, en vóór de introductie van het Romeinse recht.⁶ Maar nadien werd de regel blijkbaar vergeten, hij duikt terug op in de officiële Coutume van Parijs, onder invloed van DUMOULIN (of MOLINAEUS), die leefde van 1500 tot 1566 en al duidelijk onder de invloed stond van dit Romeinse recht.

2.1. Ratio legis

4. Hoe dan ook, de *ratio legis* voor de wettelijke terugkeer is niet moeilijk aan te voelen. Een schenking gebeurt uit sympathie voor de begiftigde: de schenker hoopt, en verwacht, dat zijn schenking het leven van de begiftigde zal verbeteren. Hij kijkt naar de toekomst. Hij hoopt dikwijls ook stilletjes dat die generatie het ook aan de volgende zal doorgeven. Hij denkt er op dat moment zeker niet aan dat de kinderen aan wie hij de schenking doet, vóór hem zouden overlijden.

Wanneer dit dan toch gebeurt, kan men in zekere zin stellen dat de *causa* van de schenking vervalt, net zoals bij de terugkeer van de bruidsschat in het Romeinse recht. De bruidsschat werd gegeven ten gunste van het huwelijk. Wanneer het huwelijk verdwijnt, verdwijnt de reden van de bruidsschat. De schenking wordt gegeven opdat de zoon of dochter ervan zou genieten en ze op zijn beurt aan zijn kinderen zou doorgeven. Wanneer dit niet mogelijk blijkt, vervalt

2. J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'Etat*, Paris, 1822, Tome II, 190, R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 19, randnr. 57.

3. D.23.3.6: *iure succursum est patri, ut filia amissa solacii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*. Of in de vertaling van de L. DE LIGT en J.E. SPRUIT: “door het recht is bijstand verleend aan de vader, in die zin dat het hem na het verlies van zijn dochter tot troost zou zijn dat hem de bruidsschat die van hemzelf afkomstig was teruggegeven zou worden; dit om te vermijden dat hij het verlies van zowel zijn overleden dochter als zijn geld zou lijden”, zie J.E. SPRUIT, R. FEENSTRA en K.E.M. BONGENAAR (eds.), *Corpus Iuris Civilis, tekst en vertaling*, Walburg Pers, 1996, III, 782.

Zie over deze tekst, en meer in het algemeen over de bruidsschat in het Romeinse recht: R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 18-369, en onze conclusies pagina 370-374.

4. Met name door A. DE LA RIVIÈRE in 1737, en door LEBRUN in 1793: zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 18, randnr. 55.

5. Verwijzingen in R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 19, randnr. 57.

6. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 19, randnr. 58 en 383, randnr. 822 e.v., het arrest over Gilebertus de Malo-Buissono.

ook de reden van de schenking. Het is dus in zekere zin een wettelijke toepassing van de leer van het verval van de oorzaak.

5. Het is ook precies omdat het wettelijk recht van terugkeer aan deze impliciete wil van de erflater beantwoordt, dat het, telkens nadat het afgeschafte werd, enige tijd later opnieuw wordt ingevoerd.⁷

2.2. Tussen Romeins recht en Burgerlijk Wetboek

6. Als de auteurs van het Burgerlijk Wetboek, en de eerste commentatoren ervan, zelf verwijzen naar het Romeinse recht, zoals het gerecipieerd werd in Frankrijk, dan is het wel nuttig om te zien hoe het daar geïnterpreteerd werd.

In de Digesten vinden we in elk geval een zeer uitgewerkte regeling van de *dos*, de bruidsschat of huwelijksgift. Er was enkel terugkeer naar de vader, indien hij ook de schenker was. Maar wat als vader zich enkel borg gesteld had voor een derde, die de *dos* gegeven had, maar daarna wel aangesproken was tot betaling? Wat als vader betaalt, maar met gelden van moeder, of van de dochter zelf? Wat als de curator van de vrouw in *dos* geeft: wordt hij geacht dit te doen met eigen geld, of met geld van de bruid? Wat zijn de rechten van de vrouw voor, tijdens en na het huwelijk? Zeer uitgewerkte regels dus, waaruit nog maar eens blijkt hoe verfijnd het Romeinse recht was, en waaruit we inspiratie kunnen halen voor gelijkaardige situaties die zich nu zouden stellen.⁸

7. In het Franse recht van voor de Franse Revolutie zijn er vrij grote verschillen. Het parlement van Toulouse, het belangrijkste gerechtshof in het zuiden, dat het Romeinse recht toepaste, zag er eerder een soort stilzwijgende conventionele terugkeer in. Voor het parlement van Parijs, het belangrijkste gerechtshof in het noorden, dat het gewoonterecht toepaste, was het eerder een soort erfrecht. Alle grote auteurs uit die periode gaan er grondig op in.⁹

8. Tijdens de Franse Revolutie, meer bepaald de woeelige tijd van de conventie, werd het recht van terugkeer gewoon afgeschafte door de wet van 17 nivose jaar II (= 6 januari 1794), die het hele erfrecht grondig hervormde.¹⁰ Maar in het Burgerlijk Wetboek keerde het recht van terugkeer terug. Voor de interpretatie ervan is het belangrijk om te weten hoe dat gebeurde.

2.3. De voorbereiding van het Burgerlijk Wetboek

9. In het ontwerp van Burgerlijk Wetboek dat aan de gerechtshoven van het Franse Rijk (dat toen ook België omvatte) werd voorgelegd, was alleen sprake van een mogelijkheid om een conventionele terugkeer te bedingen. Maar door een pleidooi van de rechtbank van Montpellier¹¹ werd het ontwerp bijgestuurd.

Door in geen enkel geval te letten op de natuur of de oorsprong van de goederen, stemt het voorgestelde systeem helemaal niet meer overeen met de veronderstelde wil van de erflater, aldus de rechtbank van Montpellier. Het kan gebeuren dat de grootouder schenkingen heeft gedaan aan zijn kleinzoon, die overlijdt zonder kinderen, en dat hij deze goederen ziet overgaan naar een familie die hem vreemd is, of minstens dat hij er zelf geen recht op heeft, terwijl nochtans de genegenheid en de erkentelijkheid van de begiftigde hem alle voorkeur zouden moeten geven. De nalatenschap zal immers in twee gelijke delen verdeeld worden, de ene voor de vaderlijke en de andere voor de moederlijke lijn, en de schenker zal uitgesloten worden door de overlevende vader of moeder. Dit stemt niet overeen met de gebruiken, met de billijkheid, noch met de veronderstelde gevoelens van de erflater. Men ziet bovendien niet in waarom de ascendent die het ongeluk heeft om het kind te overleven aan wie hij een deel van zijn fortuin had doorgegeven, de magere troost zou worden ontnomen om wat hij geschonken heeft, terug te nemen, de enige bron van inkomsten voor zijn oude dagen, aldus de rechtbank, die hiermee duidelijk verwijst naar de *Lex iure succursum* uit het Romeinse recht.

10. Het is blijkbaar op basis van deze overwegingen dat het ontwerp werd bijgestuurd. Er werd een artikel in het ontwerp ingevoegd dat luidde: “Les ascendans succèdent toujours, et à l’exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans, lorsque les donataires sont décédés sans postérité.”

2.4. Bespreking in de Raad van State over de zaakvervangning

11. In de Raad van State werd de draagwijdte van deze bepaling besproken.¹² TRONCHET begon met te zeggen dat het artikel noodzakelijk was om te vermijden dat wat men aan een kind gaf, in een andere lijn van de familie zou overgaan: letterlijk het argument dus van de rechtbank van Montpellier. Maar

7. Zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, randnr. 1372.

8. Maar waarvoor we verwijzen naar R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 370, randnr. 784 e.v.

9. Met name DOMAT (R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 389), DE LA ROUVIÈRE (*ibid.*, 398), LE BRUN (*ibid.*, 320), BOURJON (*ibid.*, 436), POTHIER (*ibid.*, 440), LAMOIGNON (*ibid.*, 442), en MERLIN (*ibid.*, 444).

10. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 452, randnr. 975 e.v.

11. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 459, randnr. 990.

12. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, 1836, Tome XII, 21 e.v., geciteerd in R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 461, randnr. 994 e.v.

wat gebeurt er met herbelegde goederen? TREILHARD stelde dat de auteurs van het ontwerp de terugkeer wilden toepassen op alle goederen die zich nog in natura in de nalatenschap bevonden, en dat ook geld er zich in kan bevinden in geval van een vordering die nog niet betaald is.

MALEVILLE gaf aan dat ze verder moesten gaan, en moesten beslissen dat de vader de geldsommen die hij als huwelijksgift aan zijn dochter gegeven had, op de goederen van de man moest kunnen terugnemen als zij zich niet meer in natura in de successie bevonden. TREILHARD antwoordde dat het recht van terugkeer alles omvatte wat nog in natura aanwezig was, of, in geval van vervreemding, de vordering tot betaling van de prijs die nog verschuldigd zou zijn, en, om dezelfde reden, de vordering tot terugneming die zal toekomen aan de begiftigde op de goederen van haar echtgenoot.¹³

12. CAMBACERES zei hierop dat MALEVILLE waarschijnlijk bedoelde dat het geschonken geld belegd was, en hij vroeg zich af of de vader dan zijn recht van terugkeer zou kunnen uitoefenen in geld, of dat de echtgenote dit zou kunnen weigeren, omdat hij erover beschikt heeft en dat de huwelijksgift dus niet meer in natura bestaat. TRONCHET antwoordde dat de redactie van het artikel *de vordering van de vader niet uitsloot*.

In de gedachten van de opstellers van het artikel was er dus wel degelijk zaakvervanging voor geld dat gegeven was en niet meer aanwezig was. Maar de discussie ging verder.

REGNAUD kwam terug op de vraag naar de zaakvervangings¹⁴: als de zoon een onroerend goed gekregen heeft, en verkocht, en hij gebruikt het geld in zijn handel: is er dan recht van terugkeer? Neen, zegt TRONCHET, alleen als de terugkeer bedongen zou zijn.

13. De bedoeling was dus: als er geen vorm van herbelegging is, maar als het geld gewoon opgegaan is door het gebruik ervan in de handel van de zoon, is er geen recht van terugkeer. Als de prijs echter wel traceerbaar is, is er wel recht van terugkeer.

Uit de tekst van de wet – die later artikel 747 geworden is – zou men kunnen afleiden dat er alleen zaakvervanging is in de twee voorbeelden die TREILHARD gegeven had (niet-betaalde prijs en terugneming uit de gemeenschap), maar uit het antwoord van TRONCHET op de vraag van MALEVILLE zien we dat, *als het goed nog traceerbaar is, de herbelegging de vordering van de vader niet uitsluit*.

2.5. MALEVILLES commentaar op het Burgerlijk Wetboek

14. Het is deze interpretatie die MALEVILLE later in zijn commentaar op het Burgerlijk Wetboek aanneemt.¹⁵ Als de bruidsschat bestaat uit een som geld die nog aanwezig is, dan heeft hij het recht om ze terug te vorderen. Maar hetzelfde geldt, zegt hij, als de begiftigde die som belegd zou hebben, hetzij door goederen die zich nog in zijn handen bevinden, hetzij door ze uit te lenen aan derden die ze nog niet terugbetaald zouden hebben, hetzij door de afbetaling van zijn eigen schulden.

Het komt mij dus voor, zegt hij, dat het recht van terugkeer altijd moet plaatsvinden, behalve als het voorwerp van de schenking verloren zou zijn gegaan in de handen van de begiftigde, of door hem verspild zou zijn, zonder nuttig gebruik. In alle andere gevallen moeten de zaak of de prijs terugkeren naar de schenker, op grond van het principe zelf dat het recht van terugkeer of successie ten voordele van de descendenten heeft ingesteld, en door deze grote reden van billijkheid, dat niemand uit het verlies van iemand anders rijker moet worden, *neminem debere lucupletari ex aliena jactura*.

15. Daarmee gaat hij wellicht te ver. Tijdens de voorbereidende werken had TRONCHET immers geantwoord dat er geen wederbelegging zou zijn als de prijs van een onroerend goed gebruikt zou zijn in zijn handel, *dans son commerce*. In alle andere gevallen waar er traceerbaarheid was, antwoordde men telkens dat er recht van terugkeer was, maar niet als het geld in het geheel van het vermogen van de begiftigde verdwenen was.

3. Voorwaarden voor de toepassing van het recht van terugkeer

16. Laten we nu eens nagaan wat de precieze voorwaarden zijn voor het gewone wettelijk recht van terugkeer.¹⁶

Artikel 747 BW bepaalt: “De bloedverwanten in de opgaande lijn erven, met uitsluiting van alle anderen, de zaken door hen geschonken aan hun kinderen of afstammelingen die zonder nakomelingschap zijn gestorven, wanneer de geschonken zaken nog in natura aanwezig zijn in de nalatenschap.

Indien de zaken zijn vervreemd, bekomen de bloedverwanten in de opgaande lijn de prijs die daarvoor nog verschuldigd mocht zijn. Zij erven ook de rechtsvordering tot terugneming die de begiftigde mocht hebben.”

13. Dus ongeveer letterlijk tekst die later artikel 747, lid 2 BW geworden is.

14. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 463, randnr. 997.

15. J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'Etat*, Paris, 1822, Tome II, 192, R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 470, randnr. 1016.

16. We inspireren ons hier in ruime mate op R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 588, randnrs. 1382 e.v., zonder er daarom telkens naar te verwijzen.

Het moet dus gaan om:

- bloedverwanten in opgaande lijn;
- door hun geschonken zaken;
- aan hun kinderen of afstammelingen;
- die zonder nakomelingschap gestorven zijn;
- de goederen moeten nog in natura aanwezig zijn (met de preciseringen die de tekst aanbrengt).

3.1. De bloedverwanten in opgaande lijn

17. De schenker moet een bloedverwant in opgaande lijn zijn van de begiftigde: zijn ouder, grootouder enz., zonder beperking. Stiefouders zijn geen bloedverwanten. Ook zijverwanten hebben geen recht van terugkeer – tenzij soms ingeval van adoptie.

De afstamming moet wel vastgesteld worden. Voor wettige kinderen volgt dit in principe uit de geboorteakte en uit de huwelijksakte van de ouders: artikel 312 en 315 BW.

Wanneer de schenker overleden is, verdwijnt het recht van terugkeer. In de opgaande lijn is er immers geen plaatsvervulling.

3.1.1. Familie van gewoon geadopteerden

18. Wanneer de begiftigde geadopteerd is, is artikel 747 BW niet van toepassing, maar bepaalt artikel 353-16 BW een ruimer recht van terugkeer: de goederen die door de bloedverwanten in opgaande lijn van de geadopteerde geschonken dan wel uit hun nalatenschap verkregen zijn en nog in natura aanwezig zijn, keren terug naar die bloedverwanten in de opgaande lijn *of naar hun erfgenamen in de nederdalende lijn*.

Bij gewoon geadopteerde begiftigden is er dus wel een vorm van plaatsvervulling voor het recht van terugkeer.

Veronderstel aldus dat X een schenking gekregen heeft van zijn vader. Daarna wordt hij geadopteerd, en vervolgens overlijdt zijn vader. Vervolgens overlijdt X zelf, zonder afstammelingen, en zonder testament na te laten.

De goederen die hij gekregen heeft van zijn (overleden) vader, en die nog in natura aanwezig zijn, keren terug naar de erfgenamen in nederdalende lijn van de vader. Indien de goederen verkocht zijn, wordt dit recht uitgeoefend op de prijs, indien deze nog niet betaald is of niet vermengd is met de massa, aldus artikel 353-16 BW.

19. Bij volle adoptie houdt het kind dat geadopteerd is, op tot zijn oorspronkelijke familie te behoren.¹⁷ De

bloedverwanten in opgaande lijn verliezen hier dus hun recht van terugkeer.

3.1.2. Gewone adoptanten

20. Ook de adoptanten hebben een bijzonder recht van terugkeer.¹⁸ Bij gebreke van testament keren de goederen die door de adoptanten geschonken werden, dan wel uit hun nalatenschap verkregen zijn en nog in natura aanwezig zijn in de nalatenschap van de geadopteerde, terug naar die adoptanten *of naar hun erfgenamen in de nederdalende lijn*. Wanneer de goederen verkocht zijn, wordt dit recht uitgeoefend op de prijs, indien deze nog niet betaald is of niet vermengd is met de massa.

Voorbeeld

Stel dat X geadopteerd werd, en een schenking gekregen heeft van zijn adoptievader, die al een (natuurlijk) kind had en er nog een ander geadopteerd heeft. Vervolgens overlijdt de adoptievader, en vervolgens X, zonder afstammelingen en zonder testament na te laten.

De goederen die hij gekregen heeft van zijn (overleden) adoptievader, en die nog in natura aanwezig zijn, keren terug naar de erfgenamen in nederdalende lijn van die adoptievader, *in casu* dus de natuurlijke en de adoptieve broer of zus van de overledene. Indien de goederen verkocht zijn, wordt dit recht uitgeoefend op de prijs, indien deze nog niet betaald is of niet vermengd is met de massa, aldus artikel 353-16 BW.

Bemerk dat dit enkel geldt voor de (gewone) adoptanten zelf, niet voor de ouders van de (gewone) adoptanten.

3.1.3. Volle adoptie

21. Bij volle adoptie krijgt het kind en krijgen zijn afstammelingen een statuut met dezelfde rechten en verplichtingen als ware het kind geboren uit de adoptant of uit de adoptanten, aldus artikel 356-1 BW. In dit geval ontstaat er dus wel een familieband met de ouders en verdere verwanten van de adoptanten. Het komt mij voor dat ook de ascendent in de opgaande lijn van de adoptanten met volle adoptie dus het gewone recht van terugkeer zou hebben op basis van artikel 747 BW indien zij goederen geschonken hebben aan de geadopteerde, die zonder afstammelingen overlijdt.

Voorbeeld

Stel dat X geadopteerd wordt met volle adoptie, en vervolgens een schenking krijgt van de vader van zijn adoptievader. X overlijdt, zonder nakomelingen en zonder testament. De vader van zijn adoptievader is juridisch zijn grootvader, dus zijn ascendent, en dus erft deze de geschonken goederen bij toepassing van artikel 747 BW, als ze nog in natura aanwezig zijn.

17. Art. 356/1 BW.

18. Ook in het Romeinse recht was dat zo: zie D.23.3.5.13, en R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 77, randnr. 186. In de middeleeuwen en in het ancien regime was er geen adoptie: zie R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2015, randnr. 836.

3.2. Rechten van de echtgenote

22. De langstlevende echtgenoot heeft het vruchtgebruik van de goederen onderworpen aan het recht van wettelijke terugkeer, aldus artikel 745bis, § 2 BW, dat preciseert dat het gaat om de rechten van terugkeer “waarin de artikelen 366, § 1 en 2, 747 en 766 voorzien”.

De verwijzingen zijn ondertussen al wat verouderd. Artikel 366, § 1 is nu artikel 353-16 BW geworden, betreffende het recht van terugkeer bij adoptie, en artikel 766 BW, dat handelde over het recht van terugkeer bij natuurlijke kinderen (die buiten het huwelijk werden geboren), werd al een tijd geleden opgeheven, met name door de wet van 31 maart 1987.

De wetgever vermoedt dus dat de erflater er bij de schenking mee akkoord gaat dat, wanneer de begiftigde hem niet overleeft, en geen kinderen heeft maar wel getrouwd is, het vruchtgebruik wel aan zijn echtgenote mag toekomen.

23. Maar dat is niet noodzakelijk de wil van de erflater, en artikel 745bis, § 2 BW laat dan ook toe om ervan af te wijken want het vervolgt: “tenzij in de akte van schenking of in het testament anders is bepaald”.

Het wettelijk recht van terugkeer is een vorm van erfrecht¹⁹: Het staat ook midden in titel I van boek III, over het erfrecht. Een afstand van dit recht van terugkeer vóór het overlijden is dus een overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap, en is dus bijgevolg nietig, zowel volgens het vroegere recht (art. 1130 BW), als onder het nieuwe recht (art. 1100-1, § 1 BW), tenzij in de gevallen bij wet bepaald. Maar artikel 745bis, § 2 BW is een dergelijke bepaling.²⁰

24. De ontneming kan gebeuren in de akte van schenking of in het testament, zegt de wet. Het gaat hier duidelijk over het testament van de begiftigde, niet van de schenker: deze heeft door de schenking immers zijn rechten uitgeput. Bovendien veronderstelt de wettelijke terugkeer dat de vader nog in leven is, en dan heeft een testament uiteraard nog geen uitwerking.²¹

Zou de echtgenote aan het vruchtgebruik op een goed, onderworpen aan wettelijke terugkeer, kunnen verzaken bij punctuele erfovereenkomst? Het komt mij voor van niet: artikel 1100-1, § 1 bepaalt immers

duidelijk dat men geen erfkeuze kan maken omtrent een nalatenschap die nog niet is opengevallen. Welnu, een dergelijke verzaking zal neerkomen op een soort gedeeltelijke anticipatieve verwerping van de nalatenschap wat het goed betreft onderworpen aan wettelijke terugkeer.

Zou zij misschien aan het vruchtgebruik van het goed, onderworpen aan het recht van terugkeer, kunnen verzaken in een globale erfovereenkomst? Ook dat lijkt me niet mogelijk, want hier moet het gaan om een overeenkomst tussen een ouder met al zijn of haar vermoedelijke erfgenamen in rechte nederdalende lijn (art. 1100-7, § 1 BW). Welnu, als er afstammelingen zijn, is er geen sprake meer van wettelijke terugkeer.

Maar aangezien het om een erfrechtelijk vruchtgebruik gaat, kan dit eenvoudig door de begiftigde zelf bij testament ontnomen worden, zoals artikel 745bis, § 2 BW bepaalt.

4. Geschonken zaken

25. Voor de toepassing van het wettelijk recht van terugkeer is een schenking door ascendenten vereist: het heeft betrekking op de “door hen geschonken zaken”.

Het kan dus gaan om een schenking bij notariële akte, maar ook om een handgift of een bankgift. Ook dat zijn immers schenkingen. Wel moet het om een zaak gaan: prestaties zijn geen zaken.²² Maar in ons recht geldt het zowel voor schenkingen bij huwelijk als voor andere schenkingen, en zowel voor roerende als onroerende zaken, daarover is geen twijfel.²³

4.1. Soorten schenkingen

26. Ook een indirecte schenking is vatbaar voor terugkeer. Als de vader dus een onroerend goed wetens en willens beneden de prijs verkocht heeft aan een van zijn kinderen, omvat dit een indirecte schenking, die vatbaar is voor terugkeer.

27. Ook vergoedende schenkingen, tot vergelding van diensten, blijven schenkingen. Een dergelijke schenking blijft een schenking, althans:

- als er geen juridische verbintenis was tot betaling van een vergoeding voor de vroegere bewezen diensten;

19. Dat was al zo in het ancien regime, althans in de *Pays de droit coutumier*: zie BOURJON, POTHIER en LAMOIGNON, en de verwijzingen in R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, randnr. 940, 951 en 957. In de voorbereidende werken van de Code Civil werd ook duidelijk gezegd qu'il est “non un droit de retour, mais un droit de successibilité”; zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 465, randnr. 1004.

20. Een model van een dergelijke ontneming vindt men in R. DEBLAUWE, *Modellen van brieven en akten met betrekking tot het nieuwe erfrecht*, Herentals, Knops Publishing, 2018, Model II.

21. R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, randnr. 22.

22. En dan gaat het trouwens ook niet om een schenking in de juridische zin van het woord: zie R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, 201, randnr. 455, en onze definitie in nummer 460: “een schenking is een rechtshandeling onder levenden, in het voordeel van de begiftigde, waarbij de schenker zich ertoe verbindt goederen aan de begiftigde over te dragen”.

23. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 589 randnr. 1388.

- en zelfs als die er was: in de mate dat de vergoeding hoger was dan de bewezen diensten.²⁴

4.2. Afstand van recht

28. Twijfel is mogelijk bij afstanden van recht, of bij het niet-uitoefenen van opties.

Veronderstel dat iemand de nalatenschap van zijn ouders verwerpt, met de stilzwijgende bedoeling dat zijn deel aan zijn kinderen ten goede zou komen: de vrijwillige generatiesprong bij erfenis, die al eerder mogelijk gemaakt werd door de artikelen 744 en 786 BW.²⁵

Of veronderstel dat iemand zich ertoe verbindt de schenking aan zijn eigen kind in te brengen in de nalatenschap van de schenker: de inbreng ten behoeve van een derde, zoals mogelijk gemaakt door het nieuwe artikel 845, § 2 BW²⁶, of, in een globale erfovereenkomst, door artikel 1100-7, § 4 BW.²⁷

Er is nu ook een vierde soort generatiesprong op komst, waardoor een erfgenaam in rechte lijn of een partner binnen het jaar na het overlijden van de erflater, goederen kan doorschenken aan een of meer van zijn afstammelingen binnen het jaar met vrijstelling van schenkbelasting.²⁸ Hier lijkt er mij weinig twijfel over te bestaan dat dit burgerrechtelijk wel schenkingen zijn. Maar wat bij de eerstgenoemde rechtshandelingen?

4.3. Verwerping

29. Laten we beginnen met de gewone verwerping: kan dit een schenking zijn?

Wanneer de verwerping gebeurt ten voordele van iemand die geen erfgenaam is, is het evident een schenking. Zo besliste het Hof van Cassatie in 1976²⁹, in een geval waarin de erfgenamen die aan de nalatenschap verzaakt hadden ten voordele van bepaalde andere personen van wie zij wisten dat ze geen erfgenaam van de *de cuius* waren, dat zij een rechtstreekse schenking hadden gedaan onderworpen aan artikel 931 BW. Het

arrest dat beslist had dat voor een dergelijke schenking de vormvereisten van artikel 931 niet in acht genomen moesten worden, schendt dan ook dit artikel, aldus het Hof.

Conclusie: een afstand *in favorem*, dus ten voordele van een bepaalde persoon, is een werkelijke schenking. Die afstand zal dus ook moeten gebeuren in de vorm van een schenking, en zal onderworpen zijn aan het recht van terugkeer als aan de andere voorwaarden voldaan is.

30. Een gewone verwerping is daarentegen geen schenking³⁰, en die regel kan bogen op een lange traditie.

Zo oordeelde ULPIANUS al in het Romeinse recht, in het kader van de *actio Pauliana*: de weigering zich te verrijken is geen schenking³¹, “Als iemand iets kan verwerven, maar dat niet opeist, vindt het Edict geen toepassing. Het wordt immers toegepast op hen die hun patrimonium verminderen, niet op hen die zo handelen dat ze niet rijker worden. Als dus iemand de voorwaarde van een *stipulatio* niet vervult, vindt het Edict geen toepassing. Verder, als iemand een successie verwerpt, hetzij *ab intestato* of testamentair, dan is dat geen reden om het Edict toe te passen; hij weigert immers te verwerven, maar vermindert zijn eigen patrimonium niet.”³²

Dezelfde regel vinden we in de Coutume van Parijs (1580): “het *droit de relief* is niet verschuldigd op de verwerping die gedaan wordt door een van de kinderen in de nalatenschap van hun vader en moeder, grootvader of grootmoeder, ook al is er door deze verwerping aanwas ten voordele van de andere kinderen, voor zover zij voor deze verwerping geen vergoeding krijgen in geld of in iets anders.”³³

De reden hiervoor is dat de erfdelen van de kinderen die verzaken, daarna toebehoren aan de anderen, op grond van het recht van aanwas of, zoals men vroeger zei, *iure non decrescendi*, doordat hun deel niet

24. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 261 randnr. 553. Het begrip komt voor in artikel 909 BW, maar in de daar geïllustreerde situatie (schenkingen aan dokters e.a. tijdens de laatste ziekte) kan er geen sprake zijn van recht van terugkeer, vermits het artikel veronderstelt dat de persoon die de vergoedende schenking gemaakt heeft, overleden is vóór de begiftigde.

25. Gewijzigd door wet 10 december 2012, BS 11 januari 2013.

26. Gewijzigd door wet 31 juli 2017 tot hervorming van het erfrecht.

27. Ingevoerd door wet 31 juli 2017 tot hervorming van het erfrecht.

28. Art. 2.8.6.0.9 VCF, ingevoegd door art. 11 Decr.VI. 6 juli 2018 tot modernisering van de erf- en schenkbelasting, aangepast aan het nieuwe erfrecht (1), BS 20 juli 2018, besproken in: M. GJBELS en A. VAN GEEL, “Aanpassing erfbelasting aan nieuwe erfrecht: De Vlaamse regering beslist als volgt: voortgezet vruchtgebruik wel, terugval van vruchtgebruik niet (meer) belast met erfbelasting”, www.tiberghien.com/nl/1199/aanpassing-erfbelasting-aan-nieuwe-erfrecht-de-vlaamse-regering-beslist-als-volgt-voortgezet-erfbelasting-wel-terugval-van-erfbelasting-niet-meer-belast-met-erfbelasting.

29. Cass. 5 november 1976, Arr.Cass. 1977, 268; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, 213, randnr. 477.

30. E. GENIN en F. GENIN, *Commentaar op het Wetboek der Registratie- Hypotheek- en Griffierechten*, 1951, nr. 1326.

31. Let wel: in ons recht geldt die regel niet meer voor de *actio Pauliana*! Zie art. 788 BW en W. PINTENS e.a., *Familiaal vermogensrecht*, Intersentia, 2010, nr. 2064.

32. D. 42.8.6: “Ulpianus, libro LXVI ad Edictum. Quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. § 1. Unde si quis ideo conditioni non parat, ne committatur stipulatio, in ea conditione est, ne faciat huic Edicto locum. § 2. Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic Edicto locum faciat; noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit”. Zie R. DEBLAUWE, “De actio Pauliana in het Romeinse recht: lezing van de teksten en enkele interpretaties uit de jaren 1600 en later”, TFR 2000, afl. 174, <http://tfrnet.larcier.be> en www.jurisquare.be en in R. DEBLAUWE, *Fiscaliana en Fiscale kronieken voor de Standaard*, Herentals, Knops Publishing, 1076.

Vandaar ook dat een dos (of huwelijksgift) die werd gesteld bij wijze van verwerping (zelfs *in favorem!*) door de vader niet *perfectitia* was: R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 61, randnr. 146-151.

33. Tekst in P.-L. CHAMPIONNIERE en M. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, ...*, Brussel, Bruylant, 1852, Tome I, nummer 513.

langer verminderd wordt. De kinderen die willen aanvaarden, krijgen hun deel op grond van de wet, rechtstreeks op grond van erfopvolging van hun vader en moeder, en verkrijgen niets vanwege de verwerpers, die immers geacht worden nooit erfgenaam te zijn geweest op grond van artikel 785 BW.³⁴ Het is ook daarom dat, bij een zuivere verwerping, geen vervolging meer mogelijk is door de fiscale administratie³⁵ en dat zelfs de ingestelde vervolgingen vervallen.³⁶

31. Veronderstel dat de verwerpende erfgenaam eraan toevoegt dat zijn deel dan zal toekomen aan zijn kinderen, maar dat dit op grond van de wet ook automatisch zo gebeurd zou zijn: is dit een verwerping *in favorem*? Neen, oordeelde het Franse Hof van Cassatie in 1825³⁷, zelfs in een geval waarin de verwerpende erfgenamen zich er voorheen bij notariële akte toe verbonden hadden de nalatenschap niet te aanvaarden: een dergelijke verbintenis is geldig, maar is nog geen verwerping.³⁸ Het komt mij voor dat dit nog altijd het geval is: het vermelden van een wettelijk gevolg van een rechtshandeling wijzigt deze rechtshandeling niet.

Wanneer de verwerpende er echter duidelijk aan toe zou voegen dat hij verwerpt in het voordeel van zijn kinderen, of van bepaalde andere personen, dan werkt de verwerping niet langer retroactief, maar heeft zij de aanvaarding van de nalatenschap tot gevolg, ingevolge artikel 780, lid 2, 1° BW.

32. Veronderstel dat er voor die verwerping een prijs betaald wordt, ook dan is het geen zuivere verwerping meer, aldus artikel 780, lid 2, 2° BW, en wordt de verwerpende geacht de nalatenschap aanvaard te hebben. Het zal dan eerder om een verkoop gaan, niet om een schenking.³⁹ Veronderstel dat de prijs veel lager is dan de waarde van het verworpen erfdeel, dan zal men moeten nagaan of het om een verkoop gaat met benadeling (zonder de bedoeling om te bevoordelen), dan wel om een prijs die opzettelijk te laag werd bepaald, met de bedoeling de persoon die voordeel behaalt van de verwerping, te bevoordelen. In dit laatste geval gaat het naar mijn mening wel om een indirecte schenking onder last, die desgevallend voor haar nettobedrag onderworpen kan zijn aan het recht van terugkeer.

33. Samenvattend dus⁴⁰:

- een verwerping is geen schenking, ook al vermeldt men, bij wijze van inlichtingen, wie van de verwerping geniet;
- gebeurt de ‘verwerping’ echter ten voordele van een bepaalde mede-erfgenaam, dan is het wel een schenking;
- gebeurt de verwerping tegen een bepaalde prijs of een bepaald goed, dan kan het een schenking onder last zijn, als de prijs opzettelijk laag wordt bepaald om de erfgenaam die van de verwerping geniet, te bevoordelen.

4.4. Inbreng ten behoeve van een derde

34. Wat met de verplichting tot inbreng ten behoeve van een derde, die men vrijwillig op zich neemt: nieuw artikel 845, § 2 BW?

Het gaat hier om een situatie met grootvader (A), zijn zoon (B) en zijn kleinkind (C). Wanneer A nu een schenking doet aan C, kan B zich ertoe verbinden om de schenking aan C in te brengen in de nalatenschap van A, indien hij (B) later de nalatenschap van A zal aanvaarden. De bedoeling van de nieuwe regel is uitdrukkelijk “om tegemoet te komen aan de groeiende wens van de burger om een generatiesprong in de volgorde van de nalatenschap te kunnen organiseren”.⁴¹

35. Concreet gezien zal er dus een schenking gebeuren tussen A en C, maar zal B in de schenkingsakte tussenkomen om zich ertoe te verbinden inbreng te doen in de nalatenschap van A. De vormvereisten van een erfovereenkomst dienen te worden nageleefd.⁴² Wat de inbreng betreft, wordt de rechtshandeling behandeld als een dubbele schenking: door A aan B, en door B aan C. Bij het overlijden van A zal B dus moeten inbrengen wat zijn kind C gekregen heeft. En bij het overlijden van B zal C moeten inbrengen wat hij in werkelijkheid gekregen heeft van A: de goederen ontvangen door C worden in de nalatenschap van B *behandeld alsof hij de goederen gekregen heeft* van B, aldus artikel 845, § 2, laatste zin BW.

36. “Alsof”, zegt de wet. Voor de toepassing ervan in fiscale zaken, en de behandeling ervan als een schenking voor de toepassing van de registratie- of erfbelasting is dit dus onvoldoende, als we de leer

34. P.-L. CHAMPIONNIERE en M. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, ...*, Brussel, Bruylant, 1852, Tome I, nummer 513; J. DECUYPER en J. RUYSS-SEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, nr. 1324.

35. P.-L. CHAMPIONNIERE en M. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, ...*, Brussel, Bruylant, 1852, Tome II, randnr. 2571.

36. P.-L. CHAMPIONNIERE en M. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, ...*, Brussel, Bruylant, 1852, Tome III, randnr. 3510.

37. Cass. fr. 11 augustus 1825, zie P.-L. CHAMPIONNIERE en M. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, ...*, Brussel, Bruylant, 1852, Tome I, randnr. 521.

38. P.-L. CHAMPIONNIERE en M. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, ...*, Brussel, Bruylant, 1852, Tome I, nr. 516. In die tijd kon de verwerping nochtans ook gebeuren bij notariële akte, net zoals nu, zoals CHAMPIONNIERE en RIGAUD schrijven op de aangeduide plaats.

39. Zoals de GARCIA GIRONDA al oordeelde in 1594, en later ook P.-L. CHAMPIONNIERE en M. RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, ...*, Brussel, Bruylant, 1852, Tome I, nr. 548; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, nummer 478 en voetnoot 823. Dit is de zogenaamde verwerping “*dato aliquo vel mediante pecunia*”.

40. En voor wie het interesseert: dezelfde regels vindt men mooi samengevat ook in art. 983 van het Ethiopische Burgerlijk Wetboek, www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et020en.pdf, geschreven door de Franse rechtsgeleerde R. DAVID (https://en.wikipedia.org/wiki/René_David).

41. DOC 54 2282/001, 47, R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 51, randnr. 135 e.v.

42. Aldus art. 845, § 2 BW; R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, randnr. 140.

van het Hof van Cassatie inzake de sterfhuisclausule⁴³ mogen toepassen: de burgerlijke wet zegt immers niet dat het een schenking is, maar dat er gehandeld wordt *alsof* het een schenking is.⁴⁴

Maar geldt die fictie niet voor de toepassing van het recht van terugkeer? Dat is immers een burgerrechtelijke kwestie, net zoals de inbreng, en artikel 845, § 2 BW zegt niet dat de goederen ontvangen door C enkel ‘met het oog op de inbreng’ behandeld worden alsof C van B gekregen heeft, maar stelt dit algemeen, dus voor het hele wetboek.

Het komt mij dus voor dat de goederen die C van A ontvangen heeft, bij vooroverlijden van C zonder afstammelingen, aan wettelijke terugkeer onderworpen zouden zijn in de nalatenschap van B. C wordt immers geacht ze van B ontvangen te hebben.

Bovendien geldt de *ratio legis* van het recht van terugkeer hier duidelijk: als A of B geweten zouden hebben dat C zijn vader B niet zou overleven, had A waarschijnlijk aan zijn zoon B geschonken, niet aan zijn kleinkind C. De *causa* van de doorschenking vervalt dus, en dat is ook de ratio van artikel 747 BW.

4.5. Verzaking aan inkorting tijdens het leven

37. Net zoals het vroegere artikel 918, laat het nieuwe artikel 918 BW toe om te verzaken aan de vordering tot inkorting tijdens het leven van de schenker. De formaliteiten van de erfovereenkomst zullen voortaan gevolgd moeten worden, en de verzaking is voortaan enkel mogelijk voor schenkingen, niet langer voor vervreemdingen onder bezwarende titel. Zij wordt echter ook mogelijk voor schenkingen in volle eigendom, ongeacht de begunstigde van de schenking, dus niet langer alleen in rechte lijn.⁴⁵ Dit is dus een zogenaamde punctuele erfovereenkomst. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om te verzaken aan inkorting en inbreng tegelijkertijd, door een globale erfovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 1100-7, § 6 BW.

De ene erfgenaam verzaakt hier dus aan een recht tegenover de andere erfgenaam, en ook hier stelt zich de vraag of dit in schenking is, van het ene kind aan het andere.

38. De wet bevat hier echter een vermoeden in de andere zin: waar artikel 845, § 2 BW een vermoeden van schenking inhield, bepaalt artikel 918, § 4 BW (inmiddels overgebracht naar art. 1100/4, § 4 BW door de wet van 22 juli 2018) dat de verzaking aan de vordering tot inkorting, ongeacht de nadere

voorwaarden ervan, geacht wordt geen gift te zijn, en dat dit vermoeden onweerlegbaar is. Hoewel men niet kan uitsluiten dat de verzaker in werkelijkheid een onrechtstreekse gift toekent aan de begunstigde, voor zover deze *animo donandi* gebeurt, toch wordt het *quod plerumque fit* tot een wettelijk principe verheven in de bekommernis van rechtszekerheid, aldus de memorie van toelichting.⁴⁶

39. Geldt dit ook voor het recht van terugkeer? Met andere woorden: veronderstel dat de persoon in wiens voordeel de afstand gebeurt is, een afstammeling is van de persoon die afstand gedaan heeft, en vooroverlijdt: zou de afstanddoener dan toch nog retroactief op de schenking kunnen terugkomen?

De toestemming in de zin van artikel 918 BW is m.i. geen ‘zaak’ in de zin van artikel 894 BW, en dus is die afstand ook geen schenking door de ene erfgenaam aan de andere en is er dus ook geen recht van terugkeer.

Maar wel bepaalt artikel 1100-7, § 4, lid 2 BW, dat handelt over de generatiesprong in de globale erfovereenkomst, dezelfde regel als artikel 845, § 2 BW: in de nalatenschap van de vermoedelijke erfgenaam in rechte nederdalende lijn die heeft ingestemd dat zijn eigen kinderen in zijn plaats worden toebedeeld, worden de door hen van de beschikker verkregen goederen behandeld alsof ze deze rechtstreeks van hun ouder hebben verkregen. Ook hier worden de kleinkinderen (C1, C2, C3) die goederen van hun grootvader (A) gekregen hebben, behandeld alsof zij deze van hun ouder (B) gekregen hebben. Op basis hiervan kan men dus wel stellen dat de kinderen (C1, C2, C3) een schenking gekregen hebben van B, en dat er, bij vooroverlijden van een van hen, dus wel degelijk recht van terugkeer zou zijn, uiteraard opnieuw voor zover de andere voorwaarden vervuld zijn.

4.6. Niet-vorderen van inbreng of inkorting

40. Schenkingen als voorschot moeten in hun geheel worden ingebracht; schenkingen buiten deel kunnen worden ingekort in de mate dat zij het beschikbaar deel overschrijden. Dit gebeurt niet automatisch: zowel de inbreng als inkorting moeten gevorderd worden. De wet zegt het zelf: beschikkingen die het beschikbaar gedeelte overschrijden, *kunnen* na het opvallen van de erfenis tot dat deel ingekort worden (art. 920, § 1 BW); de inkorting kan alleen gevorderd worden door de reservataire erfgenamen, en door hun

43. Cass. 10 december 2010, besproken in R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2015, 74, randnr. 135.

44. En zelfs als we dat cassatiearrest niet zouden toepassen, maar de doorwerking van de burgerrechtelijke ficties *in fiscalibus* wel zouden aanvaarden, dan nog is er reden om de verbintenis tot inbreng niet als een schenking te beschouwen: we verwijzen hiervoor naar R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, randnr. 143.

45. R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 155, randnr. 406.

46. DOC 54 2282/001, 94; R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 160, randnr. 418.

erfgenamen en rechtverkrijgenden (art. 921 BW). De vordering is niet aan enige vorm gebonden⁴⁷, zij het dat zij voor onroerend goed wel op het hypotheekkantoor ingeschreven moet worden op straffe van onontvankelijkheid.⁴⁸

De reservataire erfgenaam kan, na het overlijden van de *de cuius*, verzaken aan de vordering tot inkorting, zelfs stilzwijgend.⁴⁹ De wet vermoedt nu trouwens ook de afstand van de vordering tot inkorting bij legaten waarvan de afgifte werd toegestaan, met kennis van de aantasting van de reserve.⁵⁰

Veronderstel dat hij dat doet: is dit geen schenking, door de verzakende erfgenaam, aan degene die er het voordeel van geniet, en het gekregen goed kan behouden, ondanks het feit dat de waarde ervan het beschikbaar deel overschrijdt?

41. GARCIA DE GIRONDA vond alvast dat een dergelijke afstand lijkt op een schenking⁵¹, en dat is natuurlijk wel zo: er is in elk geval een voordeel voor degene die ervan geniet. Maar *is* dit een schenking?

Ook hier komt het mij voor dat een dergelijke afstand geen schenking is. Er wordt immers geen afstand gedaan van een zaak, alleen van een mogelijkheid om een zaak te krijgen. Net zoals bij de afstand van inbreng zal een dergelijke verzaking bovendien meestal kaderen in een soort subjectief evenwicht, zoals bij de globale erfovereenkomsten, en moet ze dus eerder als het vervullen van een natuurlijke verbintenis beschouwd worden, en niet als een schenking. Het is perfect mogelijk dat de erfgenamen de inkorting niet wensen te vragen, uit eerbied voor de wil van de erflater, aan wie zij mogelijk veel te danken hebben, of uit eerbied voor de persoon die het legaat heeft gekregen. Dat gebeurt wel in praktijk. Zie bijvoorbeeld de zaak die door DELNOY wordt aangehaald, waar de enige reservataire erfgenaam, met perfecte kennis van de testamentaire bepalingen die hem ontferden, in een onderhandse akte verklaarde zijn deel niet op te eisen, en zuiver en eenvoudig te berusten in de inhoud van het testament, om te voldoen aan de wil van de testator.⁵²

Dat artikel 918, § 4 BW dit uitdrukkelijk zo bepaalt voor de schenkingen vóór het overlijden, bevestigt nog dit idee.⁵³

42. Praktisch: veronderstel dat grootvader (A) aan zijn kleinkind (C) een schenking gegeven heeft, en deze de reserve van zijn kind (B) aantast. Wanneer B zich ervan onthoudt om de inkorting van de schenking aan C te vragen, dan kan dit een schenking zijn die, bij vooroverlijden nadien van C, aan het recht van terugkeer onderworpen is, maar dit lijkt mij niet evident: wanneer B zich ervan onthouden heeft om de inkorting te vragen, uit eerbied voor de wil van zijn vader (A), dan kan het eerder de vervulling van een natuurlijke verbintenis zijn. In dat geval zou er dus geen recht van terugkeer mogelijk zijn.

4.7. Het niet-uitoefenen van opties tot gratis verkrijging

43. Het gebeurt frequent dat een huwelijkscontract aan de overlevende echtgenoot de mogelijkheid geeft tot gratis verkrijging van bepaalde activa uit de huwelijksgemeenschap. Veronderstel dat de overlevende echtgenoot dan van die mogelijkheid geen gebruik maakt, of er slechts onvolledig gebruik van maakt. Is dit een schenking, die desgevallend tot wettelijk recht van terugkeer aanleiding kan geven?

Wanneer het gaat om een beding onder bezwarende titel, dat toelaat bepaalde goederen over te nemen tegen betaling van de prijs, gaat de Vlaamse Belastingdienst na hoe het beding werd opgevat: als modaliteit van de verdeling, ofwel als modaliteit van de toebedeling van gemeenschappelijk vermogen.⁵⁴ Voor beide standpunten valt immers wel iets te zeggen.⁵⁵ Wanneer men geen gebruik maakt van een dergelijk beding, is dat duidelijk geen schenking. Maar wanneer het gaat om een overname zonder betaling, gratis: is dat geen schenking?

44. Ook hier komt het mij voor dat een dergelijke niet-uitoefening van een optie niet noodzakelijk een schenking is. Er wordt immers geen afstand gedaan van een zaak, alleen van een mogelijkheid om een zaak te krijgen. Net zoals bij de afstand van inbreng of de verzaking aan inkorting zal een dergelijke niet-uitoefening van een optie misschien kaderen in een soort subjectief evenwicht, zoals bij de globale erfovereenkomsten. Het is ook goed mogelijk dat de langstlevende echtgenote dit vroeger zo besproken heeft met haar

47. M. PUELINCKX-COENE e.a., "Overzicht van rechtspraak Erfenissen 1996-2004", *TPR* 2005, 552, randnr. 161 en voetnoot 491, met verwijzing naar Rb. Brussel 7 oktober 1996, *T.Not.* 1997, 406.

48. Ingevolge art. 3 hypotheekwet: het is immers een eis strekkende tot vernietiging of tot herroeping van rechten voortvloeiende uit akten, aan overschrijving onderworpen. Zie P. DELNOY, *Les libéralités, Chronique de jurisprudence 1988-1997*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, 2000, 128, randnr. 64, en voetnoot 355, met verwijzing naar Bergen 15 september 1992, *Rev.Not.* 1995, 22.

49. P. DELNOY, *Les libéralités, Chronique de jurisprudence 1988-1997*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, 2000, 124, randnr. 59, met verwijzing naar Bergen 15 september 1992, *Rev.Not.* 1995, 22 en Rb. Luik 7 maart 1994, *Pas.* 1993, III 80.

50. Art. 924, lid 5 BW; R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 179, randnr. 461 e.v.

51. De vraag was of over de afstand van de *legitima* (te vergelijken met onze reserve) de belasting op verkopeningen (*gabella venditionis*) verschuldigd was. Hij zegt dat het erop lijkt van wel, maar besluit toch van niet, omdat een dergelijke verzaking lijkt op een schenking, *sapit donationem* (letterlijk: ruikt naar een schenking): GARCIA GIRONDA, *Tractatus de gabellis, Regibus Hispaniae debitus, omnibus iuriconsultis tum vero his qui in foro versantur utilissimus*, 1594, undecima pars, nr. 26, p 221^f.

52. P. DELNOY, *Les libéralités, Chronique de jurisprudence 1988-1997*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, 2000, 124, randnr. 51, met verwijzing naar Rb. Luik 7 maart 1994, *Pas.* 1993, III 80.

53. R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 94, randnr. 244 en 160, randnr. 421.

54. Standpunt 16053, 13 juni 2016, besproken in R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, 726, randnr. 1381.

55. R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, 725, randnr. 1380.

echtgenoot, en dat zij daar nu uitvoering aan geeft, zodat de niet-uitoefening of de gedeeltelijke uitoefening van de optie eerder als het vervullen van een natuurlijke verbintenis beschouwd moet worden.

45. Mocht daarentegen blijken dat de langstlevende haar optie niet uitoefent, met de bedoeling om de erfgenamen of andere personen die daarvan het voordeel hebben, te begunstigen, dan kan het naar mijn mening wel om een schenking gaan. En dan zou ook het wettelijk recht van terugkeer desgevallend van toepassing kunnen zijn als de kinderen, of in het algemeen, degenen die het voordeel van deze niet-uitoefening genieten, nadien vóór de schenker overlijden. Het komt mij voor dat we hier moeten kijken naar de intentie van degene die verzaakt aan de optie, of die de optie dus niet uitoefent.⁵⁶

4.8. Kosten van onderhoud, opvoeding enz.

46. Door artikel 852 BW worden de kosten van voeding, onderhoud, opvoeding, het aanleren van een ambacht, kosten van bruiloft en gebruikelijke geschenken, uitdrukkelijk niet als giften beschouwd. In de vroegere versie van het artikel stond alleen dat deze kosten niet aan inbreng onderworpen waren. Nu wordt er gezegd dat dit geen giften zijn, wel in overeenstemming met de vroegere rechtspraak en rechtsleer.⁵⁷

47. Het is nu dus duidelijk dat deze kosten dan ook niet onderworpen kunnen zijn aan het recht van terugkeer, ook als men de zakelijke subrogatie zeer ruim zou interpreteren, zoals MALEVILLE doet.⁵⁸

4.9. Schenking onder last

48. Als de lasten van de schenking even hoog zijn als de waarde van het geschonkene, is er geen schenking meer. Als de goederen die door de vader afgestaan worden aan het klooster bij de intrede van de dochter, overeenkomen met de overname van de onderhoudsplicht die hij tegenover haar heeft, is er geen schenking.⁵⁹ In de mate dat het meer is dan vergoeding voor de overname van de onderhoudsplicht, kan het wel terugkeren.⁶⁰

5. Door de ascendent geschonken

49. Voor de uitoefening van het recht van terugkeer is vereist dat de zaken door de ascendent geschonken

zijn. Dit is een kwestie van juridische ontleding van de rechtshandeling.⁶¹ Een schenking gaat ook uit van de ascendent als ze toegezegd werd in zijn naam en voor zijn rekening, zelfs als ze voldaan wordt met gelden of goederen van iemand anders.

5.1. Borgstelling

50. Veronderstel dat een van de ouders zich borg heeft gesteld voor een lening van de kinderen, en dat hij nadien aangesproken wordt, omdat het kind insolvent is. Nadien overlijdt het kind, vóór de ouder. Is er recht van terugkeer?

Een borgstelling is geen schenking: er wordt immers geen zaak overgedragen, alleen een verplichting aangegaan. Wanneer de borgstelling echter om niet geschiedt, zou men er eventueel een schenking onder opschortende voorwaarde in kunnen zien, die gerealiseerd wordt door het feit dat de ouder aangesproken wordt tot terugbetaling. In dat geval zou er ook sprake kunnen zijn van een recht van terugkeer.

Indien de ouder echter rechtstreeks geleend heeft aan de vennootschap van het kind, lijkt het mij heel moeilijk om hier een onrechtstreekse schenking in te zien. Juridisch heeft hij immers gewoon een investering gedaan.

5.2. Conjunctieve ascendentenverdeling

51. Een hedendaags voorbeeld hiervan vinden we in de conjunctieve ascendentenverdeling, waarover de Vlaamse Belastingdienst recent nog standpunt heeft ingenomen.⁶² Dat is een schenking tussen ouders en kinderen, waarbij beide ouders eigen goederen hebben, en deze niet in onverdeeldheid, maar verdeeld schenken aan hun kinderen. De gelijkheid wordt gerealiseerd, niet voor elke ouder afzonderlijk, maar voor beide ouders samen.

Toch neemt men aan dat, voor de heffing van de registratierechten, de schenkingen uitgevoerd worden door beide echtgenoten, zelfs als ze gebeuren met eigen goederen van één van hen.⁶³

Hoe kan dat? Doordat het kind verkrijgt voor de geheelheid van de echtgenoot-eigenaar, maar deze voor de helft verklaart niet te handelen als persoonlijke schenker. Beide echtgenoten schenken dus voor de helft *ook elkaars goederen*. De schenking is immers een verbintenis-scheppende overeenkomst, en we kunnen dus twee momenten onderscheiden: de

56. Zoals G. DE VEDEL schreef: *Vedel sur Catellan, Observations sur les Arrêts du Parlement de Toulouse, recueillis par Messire Jean de Catellan*, Toulouse, 1797, Tome II, 98; zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 590, en 399, noot 834 en 407, randnr. 872.

57. R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 64 randnr. 166 e.v., en randnr. 1392 en voetnoot 1572.

58. Zie *supra* randnr. 14.

59. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1876, Tome IX, 226, met verwijzing naar Nancy 31 januari 1833.

60. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1876, Tome IX, 227.

61. Net zoals het Romeinse recht: R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, randnr. 1388 en 786.

62. Ascendentenverdeling, Standpunt nr. 15170, 25 januari 2016, en R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, 761, nr. 1439.

63. F. WERDEFROY, *Registratierechten*, nr. 1149, R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, 768, randnr. 1448.

schenking, door beide echtgenoten, de uitvoering ervan door één van hen. Daardoor ontstaat een recht van vergoeding tussen beiden, hetzij op grond van artikel 1432 BW (als ze getrouwd zijn met gemeenschap van goederen), of op grond van het gemeen recht, maar dat is een persoonlijke vordering tussen de echtgenoten zelf, geen kwestie van zakelijke rechten.

52. Wat houdt dit in voor het recht van terugkeer? Dat, bij het overlijden van een van de ouders, de helft van de schenking kan terugkomen op basis van het recht van terugkeer. Beide ouders hebben het geschonken, ook al was het goed eigendom van een van hen. Het keert dus ook voor de helft terug.

We vinden dit ook bij CHABOT DE L'ALLIER⁶⁴, die schrijft dat men moet kijken naar wie zich verbonden heeft om te schenken; en als dat niet duidelijk is, worden beide ouders geacht zich elk tot de helft verbonden te hebben. Als die verbintenis daarna uitgevoerd wordt door één van de ouders, of met goederen van één van de ouders, is dat een kwestie van terugnemingen en vergoedingen, maar de schenking blijft zoals ze was.

6. Aan een afstammeling

53. Artikel 747 BW vereist dat de zaken geschonken zijn aan kinderen of afstammelingen. Waar vroeger discussie was, tot zelfs bij de recentere auteurs als DE PAGE⁶⁵, of een schenking aan een natuurlijk kind (d.i. een kind dat niet geboren was in een wettelijk huwelijk) een recht van terugkeer kon doen ontstaan, is dit dankzij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verleden tijd geworden.⁶⁶

De afstamming moet uiteraard wel juridisch vaststaan, anders kan zij geen rechten creëren.

54. Ook schenkingen aan geadopteerde kinderen zijn onderworpen aan het recht van terugkeer, zoals we hoger hebben gezien (zie *supra* randnr. 18).

55. Maar geldt dit ook voor schenkingen aan een adoptief kind van een natuurlijk kind? Het komt mij voor van niet.

Artikel 353-15 BW bepaalt immers dat de geadopteerde en zijn afstammelingen in de nalatenschap van de adoptanten dezelfde rechten verkrijgen als een kind, maar dat zij geen enkel recht verkrijgen op de nalatenschap van de bloedverwanten van de adoptanten of

uit adoptanten. De rechtsleer interpreteert dit in die zin dat de gewone adoptie slechts een familierelatie in de eerste graad doet ontstaan. De geadopteerde en zijn afstammelingen hebben bijgevolg geen rechten, ook niet via plaatsvervulling, op de nalatenschap van de familieleden van de adoptanten. De geadopteerde heeft geen grootouders in de adoptieve familie en evenmin broers en zussen in wier nalatenschap hij erfgerechtigd zou zijn.⁶⁷

Welnu, als de geadopteerde geen grootouders heeft in de adoptieve familie, heeft de vader van de adoptant ook geen kleinkind.

Dit blijkt trouwens ook uit de tekst van artikel 353-16 BW, dat wel een recht van terugkeer voorschrijft voor de goederen die door de bloedverwanten in opgaande lijn van de geadopteerde geschonken werden, en anderzijds voor de goederen die door de adoptanten geschonken werden. Nergens is er sprake van de bloedverwanten in opgaande lijn van de adoptanten.

7. ... die zonder nakomelingschap gestorven is

56. Dat een kind dat niet in een wettig huwelijk geboren is, ook als nakomelingschap geldt, zal op vandaag door weinigen betwist worden. Volle adoptie verleent dezelfde rechten en verplichtingen als ware het kind geboren uit de adoptant of uit de adoptanten (art. 356-1 BW); ook daar is dus geen twijfel.

7.1. Adoptieve kleinkinderen

57. Maar wat met (gewone) adoptieve kleinkinderen? Wanneer – zoals we hierboven net gezien hebben – de geadopteerde geen grootouders heeft in de adoptieve familie, betekent dit dan ook dat de grootouder geen adoptief kleinkind heeft en dat dit kleinkind dan ook de terugkeer van een schenking die de grootouder aan de vader of moeder van het kind heeft gedaan, niet verhindert?

Het komt mij voor van niet.

58. Vooreerst op basis van de tekst van de wet zelf: artikel 747 BW heeft het over nakomelingschap; welnu, een adoptief kind creëert ook een vorm van nakomelingschap: dat is zelfs de essentie van het instituut adoptie!

Bovendien, zoals CHABOT destijds schreef⁶⁸, wist de schenker dat de mogelijkheid tot adoptie bestond; hij had de terugkeer kunnen bedingen voor het geval er geen wettige natuurlijke (niet-adoptieve) kinderen

64. In de derde uitgave van zijn werk: M. CHABOT D'ALLIER, *Commentaire sur la loi des successions, formant le titre premier du livre troisième du Code Civil*, Paris, 1839, 225, gecit. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 488, nr. 1068.

65. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 1946, Tome IX, 344, nr. 442.

66. Zie R. DILLEMANS, *Erfrecht. Deel 1. Toewijzing van de nalatenschap*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, 1984, 198, nummer 82 b; R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 591, randnr. 1397.

67. Zie E. WILLEMS, "Commentaar bij artikel 353-15 BW" in *Artikelsgewijze commentaar*, Kluwer, www.jura.be.

68. M. CHABOT D'ALLIER, *Commentaire sur la loi des successions, formant le titre premier du livre troisième du Code Civil*, Paris, 1839, 264, nr. 13, gecit. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 497, randnr. 1084.

waren. Als de begiftigde de gekregen goederen legateert, is er ook geen recht van terugkeer meer; welnu, een adoptie heeft hetzelfde effect.

Dit laatste lijkt mij wel doorslaggevend. Een wettelijke terugkeer kan worden tenietgedaan door een testament. Welnu, als men de adoptie louter vanuit het standpunt van het erfrecht bekijkt, werkt zij als een soort testament: de adoptant geeft aan de geadopteerde dezelfde rechten als een kind. Men kan dus moeilijk beweren dat de adoptie alleen maar gebeurd zou zijn om het wettelijk recht van terugkeer uit te sluiten⁶⁹, als een gewoon testament daarvoor volstaan zou hebben. Het is dus logisch dat een geadopteerd kind van de begiftigde ook het recht van terugkeer tegenhoudt.

59. Dit zou ook zo zijn bij het adoptief recht van terugkeer: dus wanneer iemand iets schenkt aan het geadopteerde kind van zijn geadopteerd kind. Hijzelf heeft een band van verwantschap met zijn adoptief kind, het is dus zijn afstammeling, en het adoptief kind zelf heeft nakomelingschap.

7.2. Kleinkinderen die niet tot de nalatenschap komen

60. Wat met kinderen die onwaardig zijn om te erven, die onterfd werden (en deze onterving niet aanvechten door inkorting), of die de nalatenschap verwerpen? Vormen zij ‘nakomelingschap’ van de begiftigde in de zin van artikel 747 BW, dat het recht van terugkeer verhindert?

61. Op grond van de letter van de wet lijkt dit geen bezwaar te zijn: ook een kind dat de nalatenschap van zijn ouder verwerpt, blijft een kind van die ouder. Toch oordeelt de rechtsleer nagenoeg eenparig, op grond van de *ratio legis*, dat in dit geval de kleinkinderen die niet tot de nalatenschap van hun ouder komen, ook niet als nakomelingschap gelden, en het recht op terugkeer niet tegenhouden.⁷⁰

7.3. Het kleinkind dat nadien overlijdt

62. Veronderstel dat de begiftigde afstammelingen nalaat bij zijn overlijden, maar dat die nadien overlijden, vóór de schenker. Heeft de schenker dan nog het recht van terugkeer, waardoor het goed hem toekomt uit de nalatenschap van zijn kind, en dus retroactief uit de nalatenschap van zijn kleinkind verdwijnt?

63. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde hier in het nadeel van de schenker in de zaak van Félicie Desprades.⁷¹

Le Sieur Chantreau trouwt met Félicie Desprades, en zij krijgt een mooie bruidsschat van haar ouders: een jaarlijkse rente van 3 500 fr. en een som van 15 000 fr., aanrekenbaar op de successie van de eerststervende van beide ouders.⁷² Ze trouwen, en ze maakt een testament voor haar vader van het grootst beschikbaar deel. Ze krijgen een kindje, maar daarna begint het: zij overlijdt eerst, en vijf dagen later overlijdt het kind. Bij de verdeling vragen de ouders Chantreau de terugkeer van de bruidsschat, maar de echtgenoot maakt aanspraak op een deel van de successie: er was immers een kind, en dan is er geen wettelijk recht van terugkeer. En vervolgens heeft hij de helft geërfd van het kind.

De rechtbank van Niort gaf de man gelijk. Er was een kind bij het overlijden van de vrouw, dus is er geen terugkeer. Het Hof van Poitiers bevestigt het vonnis, en de zaak komt in cassatie. De advocaat van vader Chantreau geeft een indrukwekkend overzicht van alle auteurs die beslisten voor het recht van terugkeer: Bretonnier, Le Brun, Domat, Bourjon, Vaslin, Pothier, Ferrière, Ricard, Boucheuil, de Coutume van Orléans; en na de *Code Civil*: Maleville, Delvincourt, Toullier, Maret. En de *ratio legis*: de grootvader die niet alleen zijn dochter kwijt is, maar ook zijn kleinkind, moet die niet dubbel getroost worden? De tegenpartij riep Merlin in, Grenier, en Chabot de l’Allier.

Het Hof van Cassatie⁷³ is echter onvermurwbaar. Men moet in de *Code Civil* het antwoord op de vraag zoeken, niet in de vroegere wetgeving. Artikel 747 is een uitzondering op het gewone erfrecht en moet dus strikt geïnterpreteerd worden.⁷⁴ Het recht van terugkeer is dan ook definitief uitgedoofd als de begiftigde kinderen nalaat. De wetgever heeft anders beslist voor de adoptieve vader in artikel 352 en heeft ook de mogelijkheid gelaten om het te bedingen in artikel 951, maar het verschil in redactie met artikel 747 wijst op een verschillende wil van de wetgever. Vader Chantreau verliest dus, na het verlies van zijn dochter Félicie en zijn kleinkind, voor de derde keer zijn zaak.

64. De redenering van het Franse Hof van Cassatie overtuigt ons niet.

Vooreerst hebben de auteurs van de *Code Civil* zelf gesteld dat men de tekst van het wetboek moet interpreteren in het licht van de vroegere wetgeving: de afschaffing van de vroegere wetten werd maar goedgekeurd onder het voorbehoud “pourvu qu’on ne refuse

69. Zoals in de zaak Lancel, Cass. fr. 27 juni 1822, waar het echter om een conventioneel recht van terugkeer ging, bedongen tussen echtgenoten bij huwelijkscontract; zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 513, nummer 1136 en 1137.

70. Zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 595, randnr. 1407 en 1408, met verwijzingen aldaar naar DE LA ROUVIÈRE, LE BRUN, CHABOT, DEMOLOMBE, LAURENT, ARNTZ en DE PAGE.

71. Tekst overgenomen uit R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 512, randnr. 1132 e.v.

72. Meer over deze clause in R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 60, randnr. 158 e.v.

73. Cass. 18 augustus 1818, Desprades, Sirey, 1818, 513.

74. “attendu que les exceptions doivent être strictement restreintes dans les limites qui leur sont assignées”.

pas d'ailleurs aux juges la faculté de les prendre pour guides. L'article 6 (later 7 geworden) est adopté en ce sens".⁷⁵ Het arrest is in 1822 tot stand gekomen in de periode waarin de exegetische interpretatie hoogtij vierde: de tekst van de wet boven alles.⁷⁶ Die tijd is nu gelukkig voorbij, en het belang van de voorbereidende werken van een wet wordt opnieuw aanvaard.⁷⁷ Welnu, artikel 747 BW is afkomstig uit artikel 313 van de Coutume van Parijs, en zoals blijkt uit de auteurs die vader Desprades heeft geciteerd, was er in die tijd in de gestelde situatie wel recht van terugkeer.

DE PAGE⁷⁸, die wat betreft de zaakvervangingsnochtans ruimdenkend is, oordeelt ook dat het recht definitief uitgedoofd is, als er afstammelingen zijn van de begiftigde die nadien overlijden. Samen met de Pandectes belges⁷⁹ zouden wij er nochtans voor pleiten om ook hier het recht van terugkeer toe te laten. Het is natuurlijk beter om dit zo te bedingen in een conventioneel recht van terugkeer, zoals artikel 951 BW toelaat, maar wanneer het niet bedongen is, zou het recht ook hier moeten tegemoetkomen aan de vader (of de schenker) die door het leven niet alleen zijn kind, maar ook zijn kleinkind (of kleinkinderen) ont-nomen werd.

7.4. Contractuele erfstellingen bij huwelijkscontract

65. Contractuele erfstellingen, of schenkingen van toekomstige goederen ten voordele van de echtgenote, bij huwelijkscontract gedaan, vervallen altijd als de schenker de begiftigde en diens nakomelingen overleeft: dit wordt gewoon door de wet zelf bepaald, in artikel 1089 BW.

Het gaat hier echter niet om een eigenlijk recht van terugkeer, vermits het per hypothese om toekomstige goederen gaat, dus om goederen die de schenkers op de dag van hun overlijden zullen nalaten.

Veronderstel dat A aan zijn dochter B een contractuele erfstelling heeft toegezegd voor een vierde van de goederen die hij bij zijn overlijden zal nalaten. B overlijdt vóór A, maar heeft zelf een kind, met name C. De contractuele erfstelling vervalt dus niet, want B heeft nakomelingen. Daarna overlijdt C, ook vóór A, maar nu vervalt de contractuele erfstelling van A voor B wel, want de schenker heeft de begiftigde echtgenoot *en diens nakomelingen* overleefd.

66. Als de begiftigde bij het huwelijk al een kind uit een vorige relatie had, dat niet overleden is, houdt dit wel het recht van terugkeer tegen: ook dat kind is immers een afstammeling.⁸⁰

8. Wanneer de goederen nog in natura in de nalatenschap aanwezig zijn

67. Wanneer het geschonken goed zelf, hetzij onroerend, hetzij roerend, nog als dusdanig in de nalatenschap aanwezig is, stellen zich weinig problemen. Er kunnen echter jaren verlopen tussen de schenking en het overlijden, en dan rijst de vraag naar de zaakvervangings.

68. We hebben hoger al gezien dat daarover discussie was tijdens de voorbereidende werken van het Burgerlijk Wetboek. En elk geval geeft artikel 747, lid 2 BW zelf twee gevallen van zaakvervangings:

- als de zaken vervreemd zijn, en de prijs is nog verschuldigd, dan keert de prijs terug naar de schenker;
- als de prijs, of de goederen zelf, in de gemeenschap gevallen zouden zijn, waardoor er een vordering tot terugnemings ontstaan zou zijn (huidig art. 1434 BW), dan keert de vordering terug naar de ascendent die het goed geschonken heeft.

Daarover is dus geen discussie. Maar de vraag blijft wanneer de prijs betaald is, en wanneer de echtgenoten niet in gemeenschap van goederen getrouwd waren. Of nog: als de prijs betaald is, maar wederbelegd werd als eigen goed van de begiftigde.

De rechtsleer is verdeeld, maar DE PAGE⁸¹ aanvaardt wel dat er recht van terugkeer is in geval van zaakvervangings.

8.1. DE PAGE en de traceerbaarheid

69. Hij erkent dat een groot deel van de rechtsleer de vraag negatief beantwoordt, maar stelt hiertegenover dat het recht van terugkeer gegrond is op de *oorsprong* van de goederen, eerder dan op hun intrinsieke aard. Zodra er zich dus goederen in de nalatenschap van de begiftigde bevinden waarvan de oorsprong teruggaat tot de schenking, kan de schenker eisen dat ze naar hem terugkeren, ook als deze oorsprong eerder onrechtstreeks (bij wederbelegging) dan rechtstreeks is. De wet zelf geeft trouwens het voorbeeld van de prijs die nog verschuldigd blijft, en toont daarmee aan dat hij de goederen beschouwt voor hun pecuniaire *waarde*, eerder dan omwille van hun fysieke

75. Pand. b. Tome 20, V° Code Civil, kol. 47, nr. 76.

76. Zoals F. LAURENT: zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 554, randnr. 1273 e.v.

77. Zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 4, randnr. 11 e.v.

78. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IX, 312, nummer 443.

79. *Pand. b., V° Retour légal ou Successoral*, nr. 20, verwijzend naar de *Revue des revues de droit*, t. IV, p. 32 a.

80. Al werd door het parlement van Toulouse in 1532 ooit anders beslist, de auteurs van na het Burgerlijk Wetboek besluiten tegen de terugkeer: R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 596, randnr. 1413.

81. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IX, 329, randnr. 466, geciteerd in R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 567, randnr. 1324.

individualiteit. Het is de waarde die gegeven werd, die onderworpen is aan de terugkeer. Elk goed dat bijgevolg deze waarde vertegenwoordigt, moet het zelfde regime ondergaan: de voorwaarden van de zakelijke subrogatie zijn vervuld.

Dat sommigen bovendien vinden dat artikel 747 restrictief geïnterpreteerd zou moeten worden, is strijdig met de totstandkoming van deze artikelen. De Raad van State heeft, toen hij in artikel 747, lid 2 de vordering tot terugneming en de nog verschuldigde prijs ingevoegd heeft, helemaal geen twee uitzonderingen willen invoeren op de regel dat de goederen in natura moeten terugkeren, maar hij heeft het nuttig geoordeeld om geen twijfel meer te laten bestaan over de interpretatie van het artikel, door er de waarden in te vermelden waarvan geen enkele spreker had getwijfeld dat zij er al inbegrepen waren, en die zelf maar toepassingen zijn van de regel van de zakelijke subrogatie.

Wij zijn dan ook van oordeel, zegt DE PAGE, dat het recht van terugkeer niet alleen de waarden omvat die ten titel van interpretatie en als voorbeeld werden gegeven, *maar elke waarde waarvan de oorsprong met zekerheid teruggaat tot de geschonken goederen. Het volstaat dat de herkomst van de goederen vastgesteld wordt: de vraag of die waarde wel degelijk de geschonken goederen vertegenwoordigt is maar een kwestie van bewijs.*

70. En DE PAGE oordeelt daarom⁸² dat het recht van terugkeer ook toegepast zou moeten worden:

- 1) op de betaalde prijs, voor zover hij niet vermengd werd in het patrimonium van de begiftigde, maar bijvoorbeeld gestort werd op een speciale rekening of gedeponeed werd in speciën, met vermelding van de oorsprong, in een koffer, enzovoort;
- 2) op de belegde of herbelegde waarden, los van de terugneming op grond van het huwelijksgoederenrecht;
- 3) op de in ruil bekomen waarden;
- 4) op de belegging die plaats heeft na een schenking in geld, ook wanneer de schenker geen enkele belegging opgelegd heeft;
- 5) de vergoeding vanwege de verzekeringsmaatschappij in geval van verlies van de geschonken goederen;
- 6) de rente die in de plaats komt van de verschuldigde prijs, enzovoort,

dit alles, op voorwaarde dat de oorsprong, en de herbelegging (*'la filiation'*) van het gesuggereerde goed vaststaat.

71. Wij kunnen ons hier volledig bij aansluiten. PINTENS merkt trouwens op dat de zakelijke subrogatie

bij het *fideicommis de residuo* nu overwegend door rechtspraak en rechtsleer aanvaard wordt; waarom dan niet bij wettelijke terugkeer? Het volstaat dus dat men van de goederen die aanwezig zijn in het vermogen van de begiftigde, kan aanduiden dat zij uiteindelijk afkomstig zijn van de schenker, al ware het door belegging en herbelegging, opdat de terugkeer zijn uitwerking zou hebben.

72. Bemerkt trouwens dat dit het criterium is dat door de wet zelf wordt voorgeschreven bij de adoptie. Zowel voor het recht van terugkeer van de bloedverwanten als van de adoptanten bepaalt artikel 353-16, 2° *in fine* BW dat, wanneer de goederen verkocht zijn, het recht van terugkeer uitgeoefend wordt op de prijs, indien deze nog niet is betaald *of indien deze nog niet vermengd is met de massa*. Ook hier zien we dus het criterium van de traceerbaarheid.

8.2. Terug verworven goederen

73. Veronderstel dat de goederen tijdelijk het vermogen van de begiftigde verlaten hebben, maar erin teruggekeerd zijn: herleeft dan het recht van terugkeer? De rechtsleer, zowel in het ancien régime als na het Burgerlijk Wetboek, met inbegrip van DE PAGE⁸³, neemt aan dat dit niet zo is, tenzij er een beding van de wederinkoop was en de ontbinding dus retroactief was. Het komt mij voor dat dit een voorwaarde is die niet in de wet staat: de wet eist gewoon dat de goederen aanwezig zijn bij het overlijden. Bovendien: als de prijs op een afzonderlijke regeling was gestort, en vervolgens gediend heeft om het goed terug te kopen, zelfs zonder een beding van wederinkoop, dan zou het gaan om een gewoon geval van wederbelegging en zou de zakelijke subrogatie dus toegepast kunnen worden, zoals hiervoor vermeld.

9. De schenker moet nog in leven zijn – tenzij bij adoptie

74. Ons recht van terugkeer is afkomstig uit het *droit coutumier*, waar het geen veronderstelde ontbindende voorwaarde was, maar een echte vorm van erfrecht. Het recht op terugkeer vererft dus niet, tenzij als het al opengevallen is: in dat geval maakt het deel uit van het vermogen van de schenker, en gaat het over op dit erfgenamen, ook zonder dat deze de nalatenschap uitdrukkelijk aanvaard heeft: het was een van de gevolgen van de regel *'le mort saisit le vif'*, en we vinden de toepassing ervan in artikel 781 BW: wanneer de persoon aan wie een nalatenschap is opgekomen (zoals hier: de schenker) overleden is zonder die te hebben verworpen en zonder ze te hebben aanvaard,

82. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IX, 330, randnr. 467.

83. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IX, 325, randnr. 461 B; zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 566 randnr. 1320.

kunnen zijn erfgenamen de nalatenschap uit zijnen hoofde nog aanvaarden of verwerpen.⁸⁴

75. Bij adoptie is trouwens wel voorzien in een zekere vorm van plaatsvervulling. Zoals we gezien hebben, is er ook recht van terugkeer als de begiftigde geadopteerd was en overlijdt zonder nakomelingen, zelfs als het goederen betreft die aan de geadopteerde door inmiddels overleden bloedverwanten of adoptanten geschonken werden of uit hun nalatenschap verkregen zijn en nog in natura aanwezig zijn; zij keren dan terug naar hun erfgenamen in nederdalende lijn.

Veronderstel dus dat X geadopteerd werd, en van zijn ouders, zijn grootouders en van de adoptanten goederen gekregen had tijdens zijn leven, en geërfd had bij hun overlijden. Hij heeft ze alle overleefd, maar overlijdt daarna zelf zonder nakomelingen.

De goederen die hij van zijn grootouders (bloedverwanten) ontvangen heeft, zullen terugkeren naar de erfgenamen in nederdalende lijn van deze grootouders; dat kunnen dus ook ooms en tantes zijn, of afstammelingen van hen.

De goederen die hij van zijn ouders (bloedverwanten) ontvangen heeft, zullen terugkeren naar de erfgenamen in nederdalende lijn van deze ouders; dat zijn dus zijn natuurlijke broers of zusters (ook bloedverwanten).

De goederen die hij van de adoptanten ontvangen heeft, zullen terugkeren naar de erfgenamen in nederdalende lijn van deze adoptanten: dit zijn dus de kinderen en kleinkinderen van de adoptanten (hoewel de geadopteerde met deze adoptieve broers en zusters geen juridische band heeft – zie *supra* randnr. 55), en eventueel de door hen geadopteerde kinderen.

Mocht hij ook schenkingen ontvangen hebben van zijn adoptieve grootouders, met andere woorden van de ouders van de adoptanten, dan geldt hiervoor geen recht van terugkeer: deze goederen worden in twee gelijke helften verdeeld tussen de oorspronkelijke en de adoptieve familie, overeenkomstig artikel 353-16, lid 1, 3° en lid 2 BW. Hetzelfde geldt voor het geval de geadopteerde schenkingen gekregen of geërfd mocht hebben van zijn natuurlijke broers of zussen (bloedverwanten) of van zijn broers of zussen in de adoptieve familie. Hiervoor is immers geen wettelijk recht van terugkeer voorzien.

10. De schenker mag niet onwaardig zijn

76. Dat de schenker erft, heeft als gevolg dat hij aan alle voorwaarden moet voldoen om te kunnen erven. Hij mag dus niet onwaardig zijn: artikel 727 BW.

Onwaardig om te erven is:

- wie als de dader, mededader of medeplichtige schuldig is bevonden aan een feit dat de dood van de overledene heeft veroorzaakt, of schuldig is bevonden aan een poging om een dergelijk feit te plegen. Deze onwaardigheid werkt van rechtswege;
- wie onwaardig werd verklaard voor een van bovenvermelde feiten, maar omdat hij ondertussen overleden is, voor dat feit niet werd veroordeeld. Deze onwaardigheid moet door de rechtbank uitgesproken worden op vordering van de Procureur des Konings;
- wie als dader, mededader of medeplichtige:
 - de overledene verkracht heeft⁸⁵;
 - de overledene opzettelijk verwondingen of slagen heeft toegebracht⁸⁶;
 - de overledene stoffen heeft toegediend die de dood kunnen teweegbrengen of die de gezondheid zwaar kunnen schaden⁸⁷, of daartoe pogingen heeft ondernomen⁸⁸;
 - de genitale verminking van een persoon van het vrouwelijk geslacht, uitgevoerd, vergemakkelijkt of bevorderd heeft, met of zonder haar toestemming, of de poging hiertoe ondernomen heeft, of hij die hiertoe aanzet⁸⁹;
 - wie verzuimd heeft hulp te verlenen aan de overledene toen die in een groot gevaar verkeerde, als hij hem had kunnen helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen.⁹⁰

Deze onwaardigheid kan uitgesproken worden door de strafrechter die de erfgerechtigde schuldig bevindt aan een van de daarin vermelde feiten; hij kan ze ook uitspreken ten aanzien van wie schuldig bevonden is wegens de poging om een dergelijk feit te plegen.

We verwijzen voor de precieze omschrijving van de misdrijven naar de wettekst zelf van het strafwetboek en naar de commentaren erop.

84. Zie J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'Etat*, Paris, 1822, Tome II, 171 en R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, randnrns. 10 en 69.

85. Art. 375 Sw.

86. Art. 398-400 Sw.

87. Art. 402 en 403 Sw.

88. Art. 405 Sw. Bemerkt dat art. 404 Sw. niet vermeld wordt: als de stoffen, die de dood kunnen teweegbrengen of de gezondheid toch zwaar kunnen schaden, werden toegediend zonder het oogmerk om te doden, maar toch de dood veroorzaken.

89. Art. 409 Sw. Wie dergelijke reclame maakt zou dus van niemand meer kunnen erven.

90. Art. 422bis Sw.

11. De schenker mag niet over het goed beschikt hebben bij testament

77. Het recht van terugkeer of de anomale erfopvolging is een erfopvolging *ab intestato*. Testamenten gaan dus voor.

Dit was anders in het ancien régime, maar het is duidelijk sinds het Burgerlijk Wetboek, en werd ook zo beslist door een Frans cassatiearrest van 1812.⁹¹ Het Hof van Cassatie besliste dat de goederen waarover beschikt werd bij schenking of bij testament, “*par une conséquence nécessaire ne se trouvent plus en nature dans la succession*”, en dat het recht van terugkeer dus niet van toepassing is. Dit lijkt mij een merkwaardige redenering: het is immers maar doordat de goederen wél nog in de nalatenschap aanwezig zijn, dat de erflater erover kan beschikken bij testament. De enige echte reden is dat het recht van terugkeer een erfrecht *ab intestato* is, en dat men er dus van kan afwijken bij testament. Het staat trouwens in boek III, titel I van het Burgerlijk Wetboek, in tegenstelling tot het conventioneel recht van terugkeer, dat in Titel II staat.⁹²

Dat een testament voorgaat op het recht van terugkeer is trouwens uitdrukkelijk bepaald in artikel 745bis, § 2 BW, in verband met het vruchtgebruik van de echtgenote (zie *infra*, randnr. 9).

12. Eerste gevolg: het goed keert terug naar de schenker – of soms naar zijn afstammelingen

78. Wanneer alle voorwaarden vervuld zijn voor het recht van terugkeer, keert het goed terug naar de schenker, en wel als een vorm van erfrecht: “de bloedverwanten in de opgaande lijn *erven*, met uitsluiting van alle anderen, [...]” zegt artikel 747 BW.

12.1. Grootvader kan een broer uitsluiten

79. Veronderstel dus dat grootvader een schenking gedaan heeft aan zijn kleinzoon, die overlijdt zonder nakomelingschap, erft de grootvader dan het geschonken goed, ook al leeft de vader nog, en ook al zouden er broers of halfbroers zijn?

Op het eerste gezicht zou men kunnen denken van niet: een ouder, broer of halfbroer sluit immers een grootvader uit: een broer of een halfbroer wordt immers tot de tweede orde gerekend en een grootvader tot de derde orde. De grote kloving⁹³, waarna de nalatenschap verdeeld wordt tussen de bloedverwanten

in de vaderlijke opgaande lijn en de bloedverwanten in de moederlijke opgaande lijn, gebeurt alleen maar wanneer de overledene geen nakomelingen heeft nagelaten en *ook geen broers of zusters*, afstammelingen van dezen, aldus artikel 746 BW. Maar de grote uitzondering erop is artikel 747: het recht van terugkeer. Wat de door hem geschonken goederen betreft, sluit de grootvader dus wel degelijk de ouders, broers en halfbroers uit, ook al behoort hij tot een verdere orde.

12.2. Terugkeer bij adoptie

80. Bij adoptie kan de terugkeer ook gebeuren naar de broers en zussen. Zoals we hoger gezien hebben (*supra* randnr. 75) keren de goederen van de geadopteerde die zonder nakomelingen is overleden, terug naar de bloedverwanten in opgaande lijn, of de adoptanten, of naar hun erfgenamen in nederdalende lijn.

Wanneer die bloedverwanten zelf overleden zijn – en dat zal per hypothese het geval zijn wanneer het gaat om goederen die uit hun nalatenschap verkregen zijn door de geadopteerde – keren die goederen dus terug, niet naar de schenker zelf, maar naar zijn afstammelingen in de nederdalende lijn. In principe zullen dat dus zijn natuurlijke ooms en tantes, broers en zussen zijn (bloedverwanten) of zijn adoptieve broers en zussen (natuurlijke en adoptieve zonen en dochters van de adoptant).

Als een van hen overleden is, of verwerpt of onwaardig is, maar zelf kinderen of andere afstammelingen nalaat, gebeurt er m.i. plaatsvervulling, zoals voorzien door artikel 742 BW. Het gaat hier immers over een erfrecht in de zijlijn. Mocht er een schenking gebeurd zijn door een overgrootvader, die terugkeert, dan is er echter geen plaatsvervulling meer: artikel 742 beperkt de plaatsvervulling tot broers en zusters, ooms en tantes. Men treedt dus niet in de plaats van een grootoom.

12.3. ... onder voorbehoud van het vruchtgebruik voor de echtgenote

81. De echtgenote⁹⁴ van de overledene erft het vruchtgebruik van de goederen onderworpen aan het recht van wettelijke terugkeer, “waarin de artikelen 366, § 1, eerste en tweede lid, 747 en 766 voorzien, tenzij in de akte van schenking of in het testament anders is bepaald”, aldus artikel 745bis, § 2 BW, niet gewijzigd door de wet tot hervorming van het erfrecht van 31 juli 2017.

Deze verwijzingen zijn deels verouderd: artikel 366 bevatte vroeger het adoptieve erfrecht, en is nu overgebracht naar de artikelen 353-15 tot 353-17 BW. Het

91. Cass. 17 december 1812, inzake Pierre Noalhes; zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 510, randnr. 1123 e.v.

92. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 607, randnr. 1449.

93. Er zijn drie klovingen: de kleine kloving van art. 752 BW, de grote kloving van art. 750 BW en de kloving bij adoptie van art. 353-16 BW.

94. Onder echtgenote verstaan we uiteraard ook de langstlevende echtgenoot; we nemen het *quod plerumque fit*.

komt mij voor dat wij de verwijzing naar artikel 366 dus als een verwijzing naar deze nieuwe artikelen mogen opvatten.

Artikel 766 bevatte het vroegere recht van terugkeer bij natuurlijke kinderen⁹⁵; het artikel is afgeschaft door de wet van 31 maart 1987, artikel 72 ten gevolge van de Europese rechtspraak.

82. De echtgenote erft dus enkel het vruchtgebruik van de goederen onderworpen aan wettelijke terugkeer, niet de volle eigendom. Nochtans erft zij in principe de volle eigendom van de goederen uit de gemeenschap. Veronderstel nu dat de echtgenoten getrouwd waren met algemene gemeenschap, en dat de goederen, geschonken aan de erflater, dus in die algemene gemeenschap gevallen zijn. Erft zij dan de volle eigendom of enkel het vruchtgebruik van deze goederen?

Volgens artikel 745bis, § 2 BW heeft zij er enkel het vruchtgebruik van. Kan men argumenteren dat de erflater over het goed beschikt heeft ten voordele van zijn echtgenote, door het in te brengen in de algemene gemeenschap, en dat het bijgevolg niet meer in de nalatenschap aanwezig is?

Dit lijkt mij niet het geval, althans niet voor de helft van de gemeenschap die aan de erflater toebehoort. Van deze helft is hij (onverdeelde) eigenaar gebleven, en deze helft bevindt zich dan ook in zijn nalatenschap. Volgens artikel 747 BW keert dit goed – voor deze helft dus – dan ook terug naar de schenker, onder voorbehoud van vruchtgebruik voor de echtgenote, overeenkomstig artikel 745bis, § 2 BW.

83. Het zou anders zijn als de begiftigde erflater het gekregen goed volledig aan zijn echtgenote geschonken zou hebben. Ook al is deze schenking herroepelijk tot bij zijn overlijden, toch heeft hij er dan over beschikt, en is het niet langer in zijn nalatenschap aanwezig.⁹⁶

13. Tweede gevolg: terugkeer in de staat waarin het zich bevindt

84. De schenker ondergaat de gevolgen van de rechtshandelingen van de begiftigde. Als die het goed geheel of gedeeltelijk verkocht heeft, is er in die mate geen recht van terugkeer meer⁹⁷, dit in tegenstelling tot de regeling in de *Pays de droit écrit* vroeger⁹⁸, en behoudens zaakvervangende voor de prijs. Als de begiftigde het goed beschadigd heeft, zelfs opzettelijk,

heeft de schenker geen verhaal op de andere erfgenamen. Anderzijds zou door de schenker wel een vergoeding verschuldigd zijn als de begiftigde kosten tot instandhouding tot verbetering van het goed gedaan heeft en als hij bijvoorbeeld op de grond die hij gekregen heeft, gebouwd heeft: alleen het geschonkene keert immers terug.⁹⁹

85. Er is discussie mogelijk over aandelen die terugkeren, na uitkering van een superdividend bijvoorbeeld, of na een kapitaalvermindering. De aandelen zelf keren terug in de staat waarin ze zich bevinden, maar wanneer de gelden afkomstig van het dividend van de kapitaalvermindering traceerbaar zijn, in beleggingen of herbeleggingen, dan zouden ook deze kunnen terugkeren op basis van de zaakvervangende (zie *supra* randnr. 67 e.v.).

14. Derde gevolg: de schenker deelt ook in de schulden

86. De rechtsleer, zowel van vóór als van na het Burgerlijk Wetboek, is het erover eens dat de schenker ook deelt in de schulden: hij is immers erfgenaam.¹⁰⁰ Alleen LAURENT twijfelt eraan.¹⁰¹ Bij adoptieve terugkeer staat trouwens in de wet: artikel 353-16, lid 1, 2° BW: “onder verplichting om in de schulden bij te dragen”. Het komt mij voor dat dit als een soort authentieke interpretatie kan gelden van artikel 747 BW, dat immers alleen de algemene regel van de Coutume van Parijs heeft overgenomen.

87. Dat de schenker deelt in de schulden als de andere goederen niet volstaan, is normaal: de begiftigde kon immers over de goederen beschikken, ook onrechtstreeks, door ze met schulden te bezwaren. Heel zijn patrimonium staat in voor de betaling van zijn schulden, en de schuldeisers van de overledene kunnen zelfs de boedelscheiding aanvragen: artikel 878 BW. Maar toch: artikel 747 bepaalt toch dat de bloedverwanten in opgaande lijn, *met uitsluiting van alle anderen* de door hen geschonken goederen erven? Duidt dit niet op een zekere voorrang?

De Coutume van Berry

88. Dit lijkt mij inderdaad zeer goed verdedigbaar, en het was zelfs de regel in de Coutume van Berry, zoals COQUILLE vertelt.¹⁰² De Coutume van Berry

95. Zie hierover R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 591, randnr. 1395 en verwijzingen aldaar.

96. “*La chose a passée en mains étrangères*”, zei LE BRUN: R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 433, randnr. 932.

97. C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, Bruxelles 1858, Tome VII, 191, nummer 482; R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 542, randnr. 1232 (5).

98. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 604, randnr. 1437.

99. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 604, randnr. 1438 en 1439, met referentie naar CHABOT, DURANTON, LAURENT en DE PAGE, maar *contra* naar TOULLIER en DEMOLOMBE.

100. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 604, randnr. 1441.

101. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1876, Tome IX, 247 en 248; R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 559, randnr. 1295.

102. G. COQUILLE, *Institution au droit des Français*, 3e édition, Paris, 1611, 249.

bepaalt dat de goederen terugkeren naar de vader, met de zakelijke schulden erop, maar zonder de persoonlijke schulden, tenzij subsidiair, voor het geval de andere goederen niet volstaan, en enkel tot beloop van de terugkerende goederen. En dit lijkt mij overal toegepast te moeten worden, zegt COQUILLE, want de vader neemt deze goederen terug niet zuiver in zijn hoedanigheid van erfgenaam, maar door het recht van terugkeer.¹⁰³

89. Veronderstel dus dat de erflater van zijn vader een onroerend goed gekregen heeft ter waarde van 200 000 EUR, waarop nog een hypotheek rust van 50 000 EUR. In de nalatenschap zijn nog andere goederen aanwezig ter waarde van 300 000 EUR, en andere schulden voor een bedrag van 100 000 EUR. In totaal zijn er dus 500 000 EUR activa en 150 000 EUR passiva.

Wanneer we de schulden proportioneel omslaan over alle activa, zou de schenker moeten bijdragen in de schulden tot beloop van $150\,000 / 500\,000 \times 200\,000 = 60\,000$ EUR. Dat is de regel die ook door DECUYPER wordt toegepast.¹⁰⁴

Wanneer we aannemen dat hij alleen maar de schulden moet dragen die op het goed wegen, dan hoeft hij alleen maar de 50 000 EUR te dragen waarop de hypotheek rust.

Het ene systeem is niet noodzakelijk gunstiger voor de schenker dan het andere: wanneer alle schulden gewaarborgd zijn door het goed dat terugkeert, is het duidelijk ongunstiger. Maar de regel uit de Coutume van Berry lijkt mij meer in overeenstemming met de geest van de wet en zelfs met de letter van de wet: "... met uitsluiting van alle anderen".

15. Vierde gevolg: geen verzaking onder levenden aan het recht van terugkeer

90. Dat het recht van terugkeer een vorm van erfrecht is, een erfrechtelijke verkrijging, heeft ook tot gevolg dat de schenker er geen afstand van kan doen vóór het overlijden: dat zou een overeenkomst over een niet-opgevallen nalatenschap zijn.¹⁰⁵

91. Ook onder het nieuwe recht blijven overeenkomsten over niet-opgevallen nalatenschap in de regel verboden: artikel 1100-1, § 1 BW, zoals ingevoerd door de wet van 31 juli 2017. Wel zou het mogelijk zijn om

een overeenkomst of beding onder bezwarende titel betreffende de eigen toekomstige nalatenschap van een partij te sluiten, wanneer deze onder bijzondere titel is: artikel 1100-1, § 2 en § 3 BW. Welnu: is een overeenkomst over het geschonken goed alleen geen overeenkomst onder bijzondere titel?

Dat wel, maar dat betekent dan alleen dat er een beding over gemaakt kan worden door de toekomstige erflater zelf. Dat beding zou dan opgenomen moeten worden in een notariële akte, met de vormvereisten en wachttermijn van artikel 1100-5, § 2 BW.

Wat dit concreet inhoudt – en meer bepaald voor het beding van aanwas – zal de toekomst moeten uitwijzen.¹⁰⁶

Wel ontneming aan de echtgenote mogelijk

92. Wat wel mogelijk is, is de ontneming van het erfrechtelijk vruchtgebruik aan de echtgenote, overeenkomstig artikel 745bis, § 2 BW, dat immers dat vruchtgebruik toekent "tenzij in de akte van schenking of in het testament anders is bepaald". Tussen schenker en begiftigde kan dus overeengekomen worden dat de echtgenote het vruchtgebruik van het geschonken goed niet zal hebben. De begiftigde kan er dan wel over beschikken¹⁰⁷, maar zijn echtgenote zal het vruchtgebruik van dit goed niet hebben: heeft de begiftigde er niet over beschikt, en overlijdt hij zonder nakomelingschap, dan keert het goed toch in volle eigendom terug naar zijn vader.

93. "Of het testament", zegt artikel 745bis BW. Het gaat hier duidelijk over het testament van de zoon, niet van de vader: deze heeft door de schenking zijn rechten uitgeput. Bovendien veronderstelt de wettelijke terugkeer dat de vader nog in leven is, en dan heeft een testament uiteraard (nog) geen uitwerking. De zoon kan echter zelf over zijn nalatenschap beschikken, en bepalen dat zijn echtgenote niet het vruchtgebruik zal hebben van de goederen die naar zijn vader zullen terugkeren.¹⁰⁸

16. Vijfde gevolg: de schenker heeft ook de saisine

94. Wanneer we aannemen dat de gerechtigde op het recht van terugkeer een normale erfgenaam is, heeft hij m.i. dan ook de saisine, en moet hij dus geen inbezitting vragen aan de rechtbank van eerste aanleg. De rechtsleer is ook in die zin.¹⁰⁹

103. R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse registratiebelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2017, 70, randnr. 149.

104. Zie J. DECUYPER en J. RUYSSSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, nr. 49.

105. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 605-606, randnr. 1446, met referentie naar Cass. fr. 2 juli 1903, Pas. 1904, IV 5.

106. Zie R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 202, randnr. 512 e.v.

107. Wat in principe anders is bij een conventioneel recht van terugkeer.

108. R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 9, randnr. 22.

109. Met name C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, Brussel, 1858, Tome VII, 191, nummer 482; R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 542, nummer 1232 (4); H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IX, 316, nummer 449; R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 564 nummer 1311 en 568, nummer 1327; W. PINTENS e.a., *Familiaal vermogensrecht*, Intersentia, 2010, nummer 2038.

17. Kan de schenker de terugkeer van de geschonken goederen apart verwerpen?

95. Sommige auteurs nemen aan dat de schenker de goederen die hem toekomen op grond van het recht van terugkeer, als een aparte nalatenschap ook afzonderlijk kan verwerpen.

MALEVILLE¹¹⁰ schrijft dat de ascendenten de goederen terugnemen, ook zonder erfgenaam te zijn en zelfs als ze verzaken aan de gewone successie: “*même en renonçant à la succession de leurs enfants*”.

DURANTON¹¹¹ zegt dat men moet doen alsof de goederen maar voorlopig in het patrimonium van de begiftigde aanwezig zijn, net alsof de schenking gebeurd zou zijn met bepaling van een conventioneel recht van terugkeer. Dat klopt niet: het gaat om een erfrecht, en voor de deelname aan de schulden aanvaardt men dan weer wel dat de goederen volop in het patrimonium van de schenker aanwezig zijn.

Anderen schrijven in dezelfde zin, expliciet of impliciet¹¹², en hun stelling gaat blijkbaar terug op een arrest van 28 juli 1744 over de Coutume van Bretagne, in verband met de nalatenschap van Laurence Piebas, dat vermeld wordt door POUILLAIN DU PARC.¹¹³ Het blijkt echter dat er een ‘*clause de réversion*’ in het huwelijkscontract stond, en dat het dus ging om een conventionele terugkeer, waar inderdaad geen twijfel bestaat dat men het goed kan terugnemen, ook al verwerpt men de nalatenschap: een conventionele terugkeer gebeurt immers op grond van het overeenkomstenrecht, niet op grond van het erfrecht. Dit hebben latere auteurs, en met name CHABOT¹¹⁴ blijkbaar zo begrepen dat het een algemene uitspraak was, ongeacht of het recht van terugkeer bedongen was of niet.¹¹⁵

DILLEMANS¹¹⁶ zegt, m.i. terecht, dat het een afzonderlijke massa is in de gehele nalatenschap, maar aanvaardt toch dat het optierecht (aanvaarding, verwerping, aanvaarding onder voorrecht) afzonderlijk uitgeoefend kan worden, zonder er diep op in te gaan.

96. Dat men beide ‘massa’s’ afzonderlijk kan aanvaarden of verwerpen, lijkt me niet onredelijk: de erfgenaam kan ook een legaat verwerpen, en toch de nalatenschap aanvaarden, of omgekeerd. Toen legaten van onroerende goederen als voorschot nog in natura ingebracht moesten worden¹¹⁷, was verwerping van de nalatenschap zelfs de enige mogelijkheid voor de legataris om het onroerend goed zelf met zekerheid in handen te krijgen, als er in de nalatenschap geen

andere onroerende goederen aanwezig waren van gelijke aard, gelijke waarde en gelijke deugdelijkheid, waaruit men ongeveer gelijke kavels kon samenstellen voor de andere erfgenamen: artikel 859 (oud) BW.

Dat het daarom echter om een aparte nalatenschap gaat, lijkt mij minder duidelijk, en zelfs verkeerd: er is maar één erflater, één nalatenschap, en dat is trouwens ook de reden waarom de gerechtigde op het recht van terugkeer moet bijdragen in de schulden, minstens als de andere activa onvoldoende zouden zijn.

Dat is ook de reden waarom naar mijn mening de Franse uitdrukking ‘*succession anormale*’, als onregelmatige *erfopvolging* vertaald moet worden, en niet als onregelmatige *nalatenschap*. Het Franse woord ‘*succession*’ betekent immers beide.

18. Samenvattend, burgerrechtelijk

97. Samenvattend¹¹⁸ stellen we vast dat het recht van terugkeer wordt toegekend aan alle bloedverwanten in de opgaande lijn van de begiftigde, en eventueel ook aan de bloedverwanten in de zijlijn van een geadopteerde, of aan de afstammelingen van de adoptant. Er moet een schenking geweest zijn, in de juridische zin van het woord, aan kinderen of afstammelingen van de schenker, die zonder nakomelingschap gestorven zijn. Onder nakomelingschap begrijpt men alle kinderen die tot de nalatenschap komen van hun ouder, en dus niet onwaardig zijn, verwerpen of onterfd worden en hun reserve niet invoeren. Als de begiftigde bij zijn overlijden afstammelingen had, die nadien overlijden vóór de schenker, zou er volgens mij alsnog terugkeer mogelijk zijn, hoewel de rechtsleer eerder anders besliste.

98. De geschonken goederen moeten nog in natura aanwezig zijn, maar er is een zekere vorm van zaakvervanging mogelijk als er geen vermenging is. De wet geeft bovendien twee gevallen van een dergelijke zaakvervanging op: de niet-betaalde prijs en de rechtsvordering tot terugneming. Wanneer het gaat om een geadopteerde erflater, geeft de wet nog bijkomende gevallen van zaakvervanging.

99. Het recht van terugkeer is een vorm van erfrecht. De schenker moet dus in leven zijn - behalve bij adoptie – om het te kunnen uitoefenen. Het goed

110. J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'Etat*, Paris, 1822, Tome II, 109, R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anormale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 469, randnr. 1014.

111. M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, Brussel 1841, Tome III, 310, randnr. 228.

112. R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 607, randnr. 1451.

113. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anormale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 484, randnr. 1055.

114. M. CHABOT D'ALLIER, *Commentaire sur la Loi du 29 Germinal An XI, relative aux Successions, formant le Titre Ier du Livre IIIe du Code Civil*, 1805, 119, onder nr. 9°.

115. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anormale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 485, randnr. 1051.

116. R. DILLEMANS, *Erfrecht. Deel I. Toewijzing van de nalatenschap, in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, 1984, 229.

117. En dat is nog zo tot 31 september 2018.

118. Zie ook R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2018, burgerrechtelijk en fiscaal*, Herentals, Knops Publishing, 2018, 611, randnr. 1451 e.v.

keert terug in de staat waarin het zich bevindt, en de schenker deelt in principe in de schulden. Naar mijn mening dienen de schulden echter vooreerst te worden toegerekend op de andere goederen, behalve indien zij het goed, onderworpen aan terugkeer, bezwaren. Het recht van terugkeer wordt dan ook buiten werking gesteld door een testamentaire beschikking. De meeste auteurs nemen ook aan dat men het apart kan verwerpen, of dat men de nalatenschap kan verwerpen en het recht van terugkeer behouden.

19. Erfbelasting

100. Aangezien het wettelijk recht van terugkeer een erfrecht is, is er ook erfbelasting over verschuldigd, althans in principe. Zo werd al beslist door het Hof van Cassatie bij arrest van 23 brumaire jaar VIII¹¹⁹, en dat is nog altijd de regel.¹²⁰

19.1. Aangifteplicht?

101. Ingevolge artikel 3.3.1.0.5 VCF moet er een aangifte van nalatenschap ingediend worden bij elke verkrijging overeenkomstig titel 2, hoofdstuk 7 (dus bij elke verkrijging krachtens erfrecht of gelijkgesteld) door de erfgenamen, de algemene legatarissen en begiftigden, bij overlijden of bij afwezigheid van een rijksinwoner, en door de erfgenamen, legatarissen of begiftigden van onroerende goederen die in het Vlaamse Gewest te lokaliseren zijn, in geval van overlijden of bij afwezigheid van een persoon die geen rijksinwoner is.

Er wordt nochtans aangenomen dat de gerechtigde op het recht van terugkeer geen aangifteplicht heeft in de erfbelasting; zo oordelen althans DONNAY¹²¹, VAN ACOLEYEN¹²² (die echter vindt dat zij wel aangifteplichtig zijn na aanmaning, in strijd met de wettekst eigenlijk, maar op grond van de ‘algemene economie’ van het wetboek)¹²³, DECUYPER¹²⁴ en GYSELINCK¹²⁵.

102. Volgens GYSELINCK rust de verplichting om een aangifte in te dienen vooral op diegenen die roeping hebben om de nalatenschap in haar geheel te verkrijgen. Het komt mij echter voor dat de aangifteplicht vooral verantwoord kan worden door de overweging dat de erfgenamen en algemene legatarissen ook de saisine hebben, het bezitsrecht over de nalatenschap,

waardoor zij toegang hebben tot de goederen van de overledene, en een mogelijkheid om te onderzoeken welke activa en passiva van de nalatenschap afhangen.¹²⁶

Als we dit als criterium nemen, en aangezien de anomale erfgenaam de saisine heeft op wat hij verkrijgt¹²⁷, lijkt het mij weinig twijfel te lijden dat een anomale erfgenaam ook een erfgenaam *ab intestato* is en geen algemeen of bijzonder legataris, en dat hij gehouden is tot aangifte.

103. De enige motivering die we vinden is trouwens die van de beslissing van 31 augustus 1898¹²⁸, waar DONNAY naar verwijst. En daarin gaat het niet over een anomale erfgenaam, of recht van terugkeer, maar over de rechten die de echtgenoot had ingevolge de wet van 20 november 1896 (het toenmalig art. 767 II BW). In paragraaf 2 van die bepaling was bepaald dat de langstlevende echtgenoot gehouden was om afgifte te vragen van zijn vruchtgebruik aan de erfgenamen of aan de legatarissen in de volgorde aangeduid door artikel 1011 BW. Hij had dus de saisine niet.

De beslissing overweegt:

- dat volgens de toenmalige wetgeving enkel de erfgenamen en algemene legatarissen de aangifte moesten doen (zelfde regel als nu dus);
- dat de echtgenoot vergelijkbaar was met een erfgenaam in zoverre hij zijn roeping tot de nalatenschap kreeg van de wet, maar er anderszins van verschilde doordat hij geen opvolger was van de persoon van de erflater, noch van zijn patrimonium beschouwd als universaliteit, maar enkel van een bepaald voorwerp, nl. het vruchtgebruik, waarvan hij verplicht is om afgifte te vragen;
- dat men hem bijgevolg niet als erfgenaam kan beschouwen in de wettelijke zin van het woord;
- dat de wet van 1896 hem ook die naam niet geeft;
- dat deze wet hem zelfs tweemaal vernoemt in tenstelling tot de erfgenamen;
- en dat uit de parlementaire werken voortvloeit dat de juridische positie van de langstlevende echtgenoot gelijkgesteld moet worden met deze van een legataris onder algemene titel of onder bijzondere titel;

en beslist dat de echtgenote dus niet gehouden is tot aangifte, aangezien de wet deze verplichting enkel oplegt aan algemene rechtsopvolgers.

119. Zie R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 524, randnr. 1171, en voetnoot 1296 aldaar, en randnr. 1464.

120. Zie J. DECUYPER en J. RUYSSVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, nrs. 49 en 68.

121. M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten, Nederlandse bewerking door Uyttenhove*, Brussel, 1949, boek 2, 559, randnr. 825, verwijzend naar *Recueil général de l'enregistrement et du notariat*, nr. 12 962.

122. O. VAN ACOLEYEN, *Successierechten*, nr. 318 A 8°

123. O. VAN ACOLEYEN, *Successierechten*, voetnoot 1062

124. J. DECUYPER en J. RUYSSVELDT, *Successierechten*, nr. 824, *in fine* en nr. 45/1, p. 45.

125. M. GYSELINCK, *Cursus van successierechten, bepalingen toepasselijk in het Vlaams gewest, uitgave 2012*, 60, nummer 06.02

126. R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2015, 559, randnr. 1235 e.v.

127. Zie *supra* nr. 94.

128. Adm.b. 31 augustus 1898, *Recueil général de l'enregistrement et du notariat*, nr. 12962.

104. Het ging hier dus niet over een recht van terugkeer, maar over de positie van de echtgenote, die toen heel anders was dan die van de echtgenote nu, sinds zij door de wet van 14 mei 1981, die de artikelen 745bis en volgende in voor de in het Burgerlijk Wetboek, de positie van volwaardig erfgenaam heeft verkregen.

Blijkbaar heeft de administratie hieruit inspiratie geput om ook de schenker die zijn recht van terugkeer uitoefent, vrij te stellen van aangifteplicht. Nochtans is er weinig twijfel over dat het hier gaat om een werkelijke erfgenaam in de wettelijke zin van het woord, die ook de saisine heeft.

Het komt mij dus voor dat de titularis van het recht van terugkeer (of anomale erfgenaam) wel degelijk aangifteplicht heeft.¹²⁹

105. Dat hij gehouden is tot aangifte, heeft ook tot gevolg dat hij zelf het goed dat naar hem terugkeert, kan schatten; anders is hij hiervoor afhankelijk van de erfgenamen of algemene legatarissen. Door de vrijstelling in artikel 2.7.6.0.4 VCF is dit uiteraard wel minder belangrijk geworden.

19.2. Vrijstelling in de Vlaamse Codex Fiscaliteit

106. Ingevolge artikel 2.7.6.0.4 VCF is de waarde van de zaken die ascendenten verkrijgen uit de nalatenschap van de erflater, vrijgesteld van erfbelasting als:

- 1) de zaken door die ascendenten onder de levenden aan de erflater geschonken zijn voor zijn overlijden;
- 2) de zaken zich nog in natura in de nalatenschap bevinden of, als ze zijn vervreemd, er nog een schuldvordering in de nalatenschap aanwezig is;
- 3) de erflater zonder nakomelingen gestorven is.

107. Dit artikel is duidelijk geïnspireerd op artikel 747 BW, maar het vertoont ook kleine afwijkingen. Vooreerst is er sprake van zaken die ascendenten ‘verkrijgen’, terwijl artikel 747 BW de term ‘erven’ gebruikt. Verder wordt de tweede uitzondering van artikel 747, lid 2 BW, met name de vordering tot terugneming die de begiftigde mocht hebben, niet met name vernoemd.

19.2.1. De circulaire nr. 17/2014

108. De circulaire nr. 17/2014 van 19 november 2014¹³⁰, nog uitgaande van de Federale Overheidsdienst Financiën, stelde vast dat in de definitieve tekst van het artikel 55quinquies W.Succ., zoals het door het Vlaams Parlement was aangenomen, geen rechtstreekse verwijzing meer inhield naar artikel 747 BW, maar dat dit wel zo was in de oorspronkelijk door de indieners voorgestelde tekst.

Dat betekent niet dat de regeling losgekoppeld zal zijn van artikel 747 BW, aldus de circulaire, want die weglating is gekomen ingevolge het advies van de Raad van State, die vond dat uit de toelichting van het voorstel voldoende duidelijk blijkt dat, wat België betreft, die regeling wordt bedoeld. Het is ook op aanraden van de Raad van State dat de grondvoorwaarden van de wettelijke terugkeer in het nieuwe fiscale artikel werden overgenomen, om geen onzekerheid te creëren door te verwijzen naar een ‘soortgelijke’ bepaling indien buitenlands erfrecht van toepassing zou zijn. Uit de verschillen in het teksten mag dus niet worden afgeleid dat de Vlaamse decreetgever een ruimere of beperktere toepassing zou hebben willen geven aan de gevallen van vrijstelling in vergelijking met de gevallen van wettelijke terugkeer overeenkomstig artikel 747 BW, aldus de circulaire.

109. De circulaire merkt verder op dat artikel 747 BW ook geldt in geval van volle adoptie, maar stelt de vraag of de vrijstelling ook geldt voor de wettelijke terugkeer bij adoptie, ingevolge artikel 353-16 BW. De Raad van State had opgemerkt dat, wanneer dat niet de bedoeling was, een verantwoording gegeven zou moeten worden, en aangezien er in de verdere bespreking geen verantwoording werd gegeven, neemt de circulaire aan dat het de bedoeling van de Vlaamse decreetgever was om de vrijstelling in deze context op te verlenen.

Voor erfenissen op basis van buitenlands recht is de vrijstelling ook mogelijk, mits de drie grondvoorwaarden vermeld in artikel 55quinquies W.Succ. (thans 2.7.6.0.4 VCF) vervuld zijn.

110. Dat klinkt allemaal redelijk, maar in voetnoot 5 van de circulaire wordt gezegd: “In artikel 747 B.W. wordt bijvoorbeeld de term ‘erven’ gebruikt, terwijl in artikel 55quinquies W. Succ. VL. de term ‘verkrijgen’ wordt gebruikt. Hieruit kan niet worden afgeleid dat de vrijstelling ook van toepassing zou kunnen zijn indien de goederen door een *testamentaire beschikking* terugkeren naar de ascendent. Het gebruik van de term ‘verkrijgen’ in artikel 55quinquies, W. Succ. VL. laat zich verklaren doordat die term veelvuldig voorkomt in de context van de tarieven en de vrijstellingen en verminderingen in het Vlaams Wetboek der successierechten.”

111. Wat hiervan te denken?

Het is correct dat er, in de eerste versie van het artikel, verwezen werd naar artikel 747 BW. Maar het is ook correct dat er in de uiteindelijke versie, die in het *Belgisch Staatsblad* verschenen is, niet meer naar verwezen wordt, en dat het Vlaams Parlement de voorwaarden voor de toepassing van de vrijstelling zelf heeft opgesomd.

129. R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2015, 551, randnr. 1235.

130. Circ. nr. 17/2014, 19 november 2014, www.monKEY.be.

19.2.2. Verkrijging krachtens testament

112. Wanneer de zoon die in een schenking van zijn vader gekregen heeft, zijn vader bovendien als algemeen legataris heeft aangeduid, zou het dus zeer merkwaardig zijn dat deze verkrijging niet vrijgesteld zou zijn van erfbelasting, aangezien het artikel zelf geen enkel onderscheid maakt: het stelt alleen als voorwaarde dat de ascendenten die zaken ‘verkrijgen’ uit de nalatenschap van de erflater, en zoals de circulaire trouwens zelf toegeeft, is dit ruimer dan ‘erven’. Volgens mij kunnen de voorbereidende werken dus geen afbreuk doen aan een tekst die duidelijk is: *interpretatio cessat in claris*.¹³¹

19.2.3. Verkrijging van een geadopteerde

113. Dat de vrijstelling dan ook geldt voor wat de ascendenten krijgen uit de nalatenschap van een gewoon geadopteerde, wordt dan ook evident: zowel de bloedverwanten in opgaande lijn als de adoptanten zijn ‘ascendenten’ van de geadopteerde, en wat zij verkrijgen uit de nalatenschap is ook vrijgesteld, als de voorwaarden van artikel 2.7.6.0.4 VCF vervuld zijn, ook als dit niet op basis van artikel 747 BW, maar op grond van artikel 353-16 BW gebeurt.¹³²

De vrijstelling hoeft overigens naar mijn mening niet beperkt worden tot het geval waarin een verkrijging door een geadopteerde met een verkrijging in rechte lijn wordt gelijkgesteld overeenkomstig artikel 1.1.0.0.2, lid 6, 5°, d VCF, zoals de circulaire nr. 17/2014 stelde.¹³³ Daar gaat het immers enkel over de bepaling van wat een verkrijging in rechte lijn is, wat van belang is voor het tarief, maar niet over de bepaling van wat een ascendent is.¹³⁴

114. Het lijkt ons dan ook wel logisch dat de vrijstelling enkel van toepassing is op wat een ascendent krijgt wat broers en zusters ontvangen. De circulaire nr. 17-2014 is op dit punt niet consequent, aangezien zij in het voorbeeld onder nummer 2.3 aangeeft dat “het geen betoog hoeft” dat de wettelijke terugkeer ten voordele van broers en zusters, op grond van het Franse Burgerlijk Wetboek, geen aanleiding kan geven tot toepassing van de vrijstelling. Het ging in het voorbeeld weliswaar niet over geadopteerden, maar wanneer men aanneemt – zoals de circulaire onzes inziens ten onrechte doet – dat er vrijstelling is telkens er sprake is van wettelijke terugkeer ingevolge Belgische of buitenlandse wetgeving, is het niet logisch om deze te weigeren aan broers en zusters. Dat belet niet dat de conclusie wel correct is: de wet, met

name artikel 2.7.6.0.4 VCF, is duidelijk, en vereist een terugkeer naar een *ascendent*.

19.2.4. Wederbelegging en traceerbaarheid

115. Artikel 2.7.6.0.4, 2° VCF stelt als voorwaarde dat zaken zich nog in natura in de nalatenschap bevinden, of, als ze vervreemd zijn, dat er nog een schuldvordering in de nalatenschap aanwezig is. Het komt mij voor dat we ons hier wel mogen aansluiten bij de redenering van de administratie dat het artikel geïnterpreteerd mag worden in aansluiting met artikel 747 BW, aangezien het er op dit punt helemaal niet mee in strijd is, maar er de bewoordingen van overneemt. Welnu, wie doelbewust de bewoordingen van een tekst overneemt, neemt er ook de interpretatie van over, tot bewijs van het tegendeel.

116. De eerste rechtsleer gaat in beide richtingen. GEELHAND¹³⁵ schrijft: “Men kan betreuren dat het principe van de zaakvervangings niet van toepassing is verklaard”; maar men kan dit ook interpreteren in die zin dat hij betreurt dat er over de zaakvervangings geen wettelijke duidelijkheid werd geschapen.

PETIT¹³⁶ schrijft dat, bij vervreemding, de partijen zullen moeten bewijzen waar de opbrengst terecht gekomen is:

“Il va de soi qu’en cas d’aliénation à titre onéreux, le produit d’aliénation doit être suffisamment identifiable dans l’actif imposable. A cet effet, les parties doivent – pour autant que de besoin – se réserver les preuves quant à l’utilisation du produit d’aliénation des biens donnés (placement sur un compte-titres ad hoc, placement sur un compte bancaire ad hoc, remploi...)”

De auteur neemt dus impliciet aan dat zaakvervangings (‘remploi’) wél mogelijk is. Terecht, onzes inziens.

117. Veronderstel dus dat de aandelen van een vennootschap gecertificeerd worden, en dus overgedragen werden aan een stichting-administratiekantoor, in ruil voor certificaten. Een dergelijke overdracht kan als een vervreemding beschouwd worden, vermits de stichting juridisch eigenaar wordt van de aandelen. De certificaten die men in ruil krijgt, kunnen als *schuldvorderingen* beschouwd worden: zij geven immers recht op de uitkeringen, maar de certificaathouder is zelf geen aandeelhouder meer.

Zelfs in de restrictieve interpretatie – waarbij zaakvervangings bij traceerbaarheid niet aanvaard zou worden – zou dus, bij certificering, de vrijstelling nog mogelijk zijn. Bemerkt dat artikel 2.7.6.0.4 het niet

131. R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops Publishing, 2015, 521-522, randnrs. 1151-1154.

132. In dezelfde zin: M. PETIT, *Recueil général de l’enregistrement et du notariat*, 90, nr. 26604, nr. 2.2.3.

133. “Hierbij rijst inzonderheid de vraag of de adoptant-schenker kan beschouwd worden als een “ascendent” van de “gewoon” geadopteerde-begiftigde. Dat kan enkel in de gevallen waarin krachtens artikel 52-2 W. Succ. VL. met die adoptatieve afstamming wordt rekening gehouden.”

134. R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 523, randnr. 1156

135. N. GEELHAND DE MERXEM, “Nieuwsbrief Successierechten”, 2014/2/4 en noot 2.

136. *Rec. gén. enr. not.*, nr. 26604, 91.

over een ‘prijs’ heeft, enkel over een schuldvordering. Maar het zou wel merkwaardig zijn dat, in deze lezing, een certificering geen aanleiding geeft tot verlies van de vrijstelling, terwijl een inbreng van de aandelen in een holding – waardoor men dus opnieuw aandelen krijgt – wel de vrijstelling zou tenietdoen. Het aanvaarden van zaakvervangende leidt dus tot redelijker resultaten.

19.2.5. Rechtsvordering tot terugneming

118. Omvat het geval dat er ‘nog een schuldvordering in de nalatenschap aanwezig is’, ook de rechtsvordering tot terugneming, zoals bepaald in artikel 747 BW?

De circulaire nr. 17/2014 schrijft in voetnoot 6 dat er zich teksteel niets tegen verzet voor te houden dat de indieners van het amendement de twee gevallen (prijs van de verkoop en terugneming) inderdaad onder één noemer (‘schuldvordering’) hebben geplaatst. Uit de voorbereidende werken kan ook afgeleid worden dat zij gewoon gevolg hebben willen geven aan de opmerking van de Raad van State over de wenselijkheid van de incorporatie in het wetsartikel zelf van de grondvoorwaarden van de wettelijke terugkeer. Hadden zij de toepassing van de vrijstelling willen uitsluiten in geval van de ‘wettelijke terugkeer’ van een ‘rechtsvordering tot terugneming’, dan zouden ze die uitsluiting gemotiveerd hebben, gelet op het gelijkheidsbeginsel en de vernietigingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof wanneer dat beginsel door een decreet geschonden wordt.

119. Het komt mij voor dat de auteurs van de wettekst wellicht de rechtsvordering tot terugneming als een gewone schuldvordering van de nalatenschap op de gemeenschap gezien hebben, en dat de vrijstelling er dus inderdaad ook van toepassing op is.

19.2.6. Overlijden zonder nakomelingen

120. Veronderstel dat de begiftigde afstammelingen heeft die alle verwerpen, dan aanvaardt de rechtsleer dat hij dan geen afstammelingen heeft, in de zin van artikel 747 BW.¹³⁷ Het komt mij voor dat men ook hier dezelfde interpretatie mag aannemen, en dat de verkrijging door de ouders dus vrijgesteld zou zijn overeenkomstig artikel 2.7.6.0.4, als de verdere voorwaarden vervuld zijn.

20. Checklist

121. Laten wij, bij wijze van samenvatting, eens nagaan welke vragen er gesteld kunnen worden bij de afhandeling van een nalatenschap, om vast te stellen of er een wettelijk recht van terugkeer toepasselijk is.

Die vragen zijn volgens ons – zonder daarbij exhaustief te zijn – de volgende:

- 1) Zijn er afstammelingen van de erflater? Zo ja,
 - a) hebben zij de nalatenschap verworpen?
 - b) zijn zij onterfd en vragen zij niet om de inkorting?
 - c) of zijn zij onwaardig?
- 2) Heeft de erflater geërfd van iemand die schenkingen gedaan heeft aan een vooroverleden begiftigde, waar het recht van terugkeer nog uitgeoefend zou kunnen worden?
- 3) Heeft de erflater zaken geërfd van zijn vader of moeder, die deze zelf gekregen heeft van een ascendent die nog in leven is?
 - a) Zo ja, heeft de erflater broers of zusters, of zijn er afstammelingen van dezen?
 - 4) Heeft de erflater schenkingen ontvangen van een ascendent?
 - a) Heeft de erflater geërfd, en heeft hij daarbij voordeel genoten van een verwerping door een ascendent? (Denk aan de vrijwillige erfenissprong)
 - b) Heeft de erflater voordeel gehad in een nalatenschap doordat ascendenten verzaakt hebben aan inkorting of inbreng, of deze niet gevorderd hebben?
 - c) Heeft de erflater voordeel gehad doordat ascendenten bepaalde opties tot gratis verkrijging van goederen niet hebben uitgeoefend?
 - 5) Was de erflater getrouwd?
 - a) Zo ja, is het vruchtgebruik op de zaken onderworpen aan wettelijke terugkeer ontnomen aan de echtgenote in de schenkingsakte?
 - 6) Was de erflater geadopteerd?
 - a) Zo ja, met volle adoptie of gewone adoptie?
 - b) Als de erflater geadopteerd is met gewone adoptie: heeft de erflater geërfd van ascendenten of van zijn adoptanten?
 - 7) Zijn de goederen die de erflater gekregen heeft van ascendenten nog in natura in de nalatenschap aanwezig?
 - a) Zo neen, zijn zij vervreemd en is de prijs nog verschuldigd?
 - 1° Zo neen, is de prijs herbelegd, en is het nog mogelijk na te gaan waarin de herbelegging is gebeurd?
 - 8) Heeft de erflater bij testament over het geschonkene beschikt?

Dit zijn vragen om ‘het gesprek op gang te brengen’: aan de hand daarvan kan nagegaan worden of er verdere vragen gesteld moeten worden, om na te gaan of het recht van terugkeer al dan niet toepasselijk is.

21. Conclusie

122. Het recht van terugkeer beantwoordt aan een rechtmatige verwachting van de schenker. Het is onredelijk om van elke schenker te verwachten dat hij, bij het doen van een hand- of bankgift, een conventioneel

^{137.} Zie de referenties naar DE LA ROUVIÈRE en LE BRUN (voor de onterving), en naar DEMOLOMBE, LAURENT, ARNTZ en DE PAGE (voor de verzaking) in R. DEBLAUWE, *Het Recht van terugkeer of de Anomale Erfopvolging*, Herentals, Knops Publishing, 2013, 595, randnr. 1407 en 1408.

recht van terugkeer voorziet, en daartoe de nodige documenten opmaakt. Vele schenkingen gebeuren zonder juridische bijstand, en het laatste waar de schenker op dat moment aan denkt, of wil denken, is het vooroverlijden van de begiftigde. Het is dus goed dat de wet daarin voorziet, en dat de ouder die aan zijn zoon of dochter een schenking gedaan heeft om hem of haar vooruit te helpen in het leven, nadien het geschonken goed niet in vreemde handen ziet overgaan.

Het recht van terugkeer moet dus niet restrictief, maar ruim worden geïnterpreteerd: het recht moet geen valstrikken spannen, maar moet zorgen dat de rechtshandelingen die de burgers stellen geen onverwachte en onredelijke gevolgen hebben.

123. Bij wederbelegging moet het recht van terugkeer volgens mij dan ook worden toegepast op de wederbelegde goederen (zie *supra* randnr. 70). En wanneer geen van de afstammelingen tot de nalatenschap komt omdat zij verwerpen, onterfd werden en de inkorting

niet vragen, of onwaardig zijn, dan moet het recht van terugkeer uitwerking hebben, aangezien de erflater geen nakomelingschap heeft in de zin van de wet (zie *supra* randnr. 61).

Waar artikel 2.7.6.0.4 VCF termen gebruikt die overgenomen zijn uit artikel 747 BW, moeten zij volgens mij geïnterpreteerd worden in dezelfde zin (zie *supra* randnr. 115). Het is dan ook zeer goed dat ook de fiscale wetgever dezelfde richting gevolgd heeft. Het huidige artikel 2.7.6.0.4 VCF verdient dan ook evenzeer een redelijke interpretatie. Ook de adoptieve terugkeer valt eronder, zij het alleen ten behoeve van ascendenten – de wet is duidelijk (zie *supra* randnr. 113). Ook de terugkeer op grond van buitenlandse wetgeving valt eronder; dat was precies de aanpassing aan de tekst door het amendement (zie *supra* randnr. 108). Ook de terugkeer op grond van een testament valt eronder, in de mate dat het overgeschonken goederen gaat: ook op dat punt is de tekst van de wet immers duidelijk (zie *supra* randnr. 112).