



KU LEUVEN

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2013 - 2014

De reikwijdte van art. 944 BW met betrekking tot de schenking onder gemengde voorwaarde: de bedoeling van de schenker centraal. Een rechtsvergelijkende analyse.

Promotor: Prof. Dr. A-L VERBEKE

Corrector: Prof. Dr. E. TERRYN

Begeleidende assistent: Dhr. S. PRAET

Masterscriptie, ingediend door
Thomas DELAMEILLIEURE
bij het eindexamen voor de graad
van MASTER IN DE RECHTEN



KU LEUVEN

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2013 - 2014

De reikwijdte van art. 944 BW met betrekking tot de schenking onder gemengde voorwaarde: de bedoeling van de schenker centraal. Een rechtsvergelijkende analyse.

Promotor: Prof. Dr. A-L VERBEKE

Corrector: Prof. Dr. E. TERRYN

Begeleidende assistent: Dhr. S. PRAET

Masterscriptie, ingediend door
Thomas DELAMEILLIEURE
bij het eindexamen voor de graad
van MASTER IN DE RECHTEN

Samenvatting

Naar Belgisch recht bestaan veel onduidelijkheden over de schenkingen onder (gemengd) potestatieve voorwaarde. De verschillen tussen de louter en gewoon potestatieve voorwaarde enerzijds en de discussies over de geldigheid van de gemengde voorwaarde anderzijds, hebben problematische gevolgen voor de rechtszekerheid in het kader van familiale vermogensplanning.

Aan beide problemen kan eenvoudig een einde gesteld worden door gebruik te maken van het Franse criterium van de willekeur. Dit criterium houdt in dat gekeken moet worden of de schenker autonoom kan beslissen om niet (langer) verbonden te zijn door zijn juridische verplichting. Hierbij is het verschil tussen de opschortende voorwaarde en ontbindende voorwaarde van cruciaal belang. Er moet namelijk nagegaan worden of de schenker autonoom kan zorgen dat de ontbindende voorwaarde zich voordoet of dat de opschortende voorwaarde zich niet voordoet. In beide gevallen kan de schenker er immers voor zorgen dat hij niet langer gebonden is door de schenking. Dit volstaat echter niet om de schenking als (verboden) potestatief te kwalificeren. Er moet namelijk ook nagegaan worden of het risico bestaat dat de schenker willekeurig kan beslissen dat de voorwaarde zich (niet) voordoet gelet op de consequenties die dit met zich mee zou brengen. Indien het (niet-) vervullen van de voorwaarde ingrijpende gevolgen zou hebben voor de schenker, is de potestativiteit geneutraliseerd.

Voor dit criterium wordt niet alleen in de Belgische rechtsleer gepleit, ook sommige rechtspraak hanteerde reeds dit criterium. Zo aanvaardde het Hof van Cassatie in 1984 een schenking van een dokter aan zijn dienstbode op voorwaarde dat deze tot aan zijn dood in dienst zou blijven. Hoewel de schenker steeds de mogelijkheid had om van de schenking af te zien door de dienstbode te ontslaan, heeft het Hof deze schenking aanvaard omdat de consequenties voor de schenker, namelijk de dienstbode ontslaan, dermate groot zijn dat de potestativiteit uitgeschakeld is. Dit willekeur-criterium vinden we ook terug in het oude art. 960 BW. Dit artikel hield in dat elke schenking gebeurde onder ontbindende voorwaarde van de geboorte van een eerste kind. Deze ontbindende voorwaarde werd aanvaard omdat de beslissing om een kind te krijgen voor een koppel niet ingegeven is door de mogelijkheid om op een schenking terug te komen. De potestativiteit is hierdoor uitgeschakeld.

Daarom is de conclusie van deze masterscriptie dat de tijd rijp is om bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van schenkingen het Franse criterium van de willekeur toe te passen.

Dankwoord

Deze masterscriptie is het einde van mijn opleiding tot Master in de Rechten dat volgend academiejaar evenwel nog een vervolg krijgt in de vorm van de MaNaMa-notariaat. Ik was dan ook blij te vernemen een thesis te mogen schrijven in het familiaal vermogensrecht.

Ik ervaarde het schrijven van deze masterscriptie als een erg uitdagend, soms vermoeiend maar steeds leerrijk proces.

Volgende personen verdienen hierbij mijn oprechte dank:

Professor Alain-Laurent Verbeke, die door zijn enthousiasme voor het vak mijn interesse voor het familiaal vermogensrecht enkel nog versterkte;

De heer Steven Praet, voor zijn vele nuttige tips en kritische blik, zonder dewelke dit werk niet hetzelfde zou zijn;

Mijn studiemakkers, voor de onvergetelijke momenten die we samen beleefd hebben;

Mijn ouders en mijn vriendin Evita, voor alles.

Inhoud

INLEIDING	1
DEEL I DE SCHENKING ONDER VOORWAARDE EN HAAR GEVOLGEN	4
HOOFDSTUK 1: DE SCHENKING ALS OVEREENKOMST TOT OVERDRACHT VAN EEN GOED	5
AFDELING I: DE VEREISTE VAN DADELJKHEID.....	6
AFDELING II: DE VEREISTE VAN ONHERROEPELIJKHEID	7
II.1. De versterkte onherroepelijkheid.....	8
II.1.1. De betwiste <i>ratio legis</i> van de versterkte onherroepelijkheid	9
II.1.2. Historisch controleoogmerk als echte <i>ratio legis</i> ?	11
II.2. De (versterkte) onherroepelijkheid voorbijgestreefd?	11
II.2.1. Oorspronkelijke situatie op basis van de <i>Code Napoléon</i>	12
II.2.2. Het kan ook anders: Nieuw Burgerlijk Wetboek.....	12
HOOFDSTUK 2: SCHENKEN ONDER VOORWAARDE	15
AFDELING I: DEFINIËRING	15
AFDELING II: SOORTEN VOORWAARDEN	16
II.1. Onderscheid naar gevolgen van de vervulling van de voorwaarde	16
II.1.1. De opschortende voorwaarde	16
II.1.2. De ontbindende voorwaarde	16
II.2. Onderscheid naar invloed op de vervulling van de voorwaarde.....	17
II.2.1. Traditionele opdeling van de verschillende voorwaarde naarmate waarin de belover de vervulling kan beïnvloeden.	18
II.2.2. De klassieke vs. moderne opvatting van het begrip ‘potestativiteit’	19
II.2.3. Het criterium van de willekeur als alternatief.....	21
II.2.4. Rechtsvergelijking ondersteunende typologische opdeling.....	25
§1 Vervulling van de voorwaarde afhankelijk van een louter toevallige gebeurtenis (type A)	28
I. Definiëring	28
II. Beoordeling van de geldigheid van type A	28
III. Criterium van de willekeur toegepast op voorwaarde type A	29
§2 Vervulling van de voorwaarde enkel en alleen afhankelijk van de loutere wil van de schenker (type B)	29
I. Definiëring	29
II. De beoordeling van de geldigheid van voorwaarden type B.....	30

III. De (louter) potestatieve voorwaarde getoetst aan de redelijkheid en billijkheid.....	31
III.1. Inleiding.....	31
III.2. Een gebrekkige wetgeving als uitgangspunt	32
III.3. De situatie in het Nieuw Burgerlijk Wetboek	33
IV. Criterium van de willekeur toegepast op voorwaarde type B	38
§3 Vervulling van de voorwaarde afhankelijk van de wil van de schenker en van een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de vervulling in de macht van de schenker ligt (type C)	38
I. Inleiding en definiëring	38
II. De beoordeling van de geldigheid van de schenking onder voorwaarde type C	39
III. Criterium van de willekeur toegepast op voorwaarde type C.....	41
§4 De vervulling van de voorwaarde is afhankelijk van de wil van de schenker en van een toekomstige en onzekere gebeurtenis die niet in de macht van de schenker ligt (type D).	41
I. Definiëring	41
II. Beoordeling van de geldigheid van type D.....	42
II.1. De uitbreiding van art. 944 BW ten aanzien van art. 1174 BW	43
II.2. Toch geen volledige consensus... ..	44
II.3. ... maar wel een (grote) meerderheid	47
II.4 Niet in strijd met het wezen van de verbintenis en dus geldig	49
III. Het criterium van de willekeur toegepast op de voorwaarde type D.....	50
§5 Tussenconclusie	51
HOOFDSTUK 3: DE TOELAATBAARHEID VAN DE VOORWAARDE AFHANKELIJK VAN DE WIL VAN DE SCHENKER EN DE WIL VAN EEN BEPAALDE DERDE (TYPE E)	52
AFDELING I: PROBLEMATIEK VAN DE GEMENGDE VOORWAARDE	52
1. Inleiding, definiëring en probleemstelling	52
2. Stelling 1: Het verbod van art. 944 BW strekt zich uit tot de schenkingen onder gemengde voorwaarde.....	54
2.1. Beslissende invloed van de schenker op het vervullen van de voorwaarde.....	54
2.2. Schenking onder gemengde opschortende of ontbindende voorwaarde?	56
3. Stelling 2: De bepaling van art. 944 BW strekt zich niet uit tot de gemengde voorwaarde.	57

3.1. De gemengde voorwaarde is niet afhankelijk van de <i>enkele wil</i> van de schenker	58
3.2. Het Franse recht als voorbeeld?	58
3.2.1 Het Franse Hof van Cassatie: duidelijkheid en rechtszekerheid	58
4. Het Belgische Hof van Cassatie komt niet ter hulp, integendeel.	60
4.1. Het arrest van het Hof van Cassatie van 26 januari 1984	61
4.1.1. De feiten	61
4.1.2. Beoordeling door Hof van Cassatie.....	61
4.1.3. Analyse van het arrest	61
4.1.3.1. Kwalificatie van de voorwaarde.....	61
4.1.3.2. Mogelijke interpretaties voortvloeiend uit het arrest van het Hof van Cassatie van 26 januari 1984.....	65
4.1.3.3. Introductie van het criterium ‘willekeur’ bij schenkingen	66
HOOFDSTUK 4: WETTELIJKE GRONDSLAG VOOR HET CRITERIUM VAN DE ‘WILLEKEUR’?	70
1. Schenking gedaan onder de ontbindende voorwaarde van de geboorte van een eerste kind.....	70
2. Is de schenking onder voorwaarde van herroeping wegens geboorte nog mogelijk?	73
DEEL II IS ER NOOD AAN EEN HERNIEUWDE INVULLING VAN HET BEGRIP ‘POTESTATIVITEIT’?	75
HOOFDSTUK 1: VERWARRENDE BEGRIPPEN, VERWARRENDE OPLOSSINGEN. PROBLEMATISCH VOOR DE RECHTSZEKERHEID	76
HOOFDSTUK 2: NIEUWE OPDELING VOLGENS VERBEKE EN BARBAIX.....	78
1. Objectief potestatief?.....	78
2. Subjectieve omstandigheden	79
3. Het criterium van de willekeur als vigerend recht: als het regent in Parijs, dan druppelt het in Brussel.....	79
CONCLUSIE	81
BIBLIOGRAFIE	83

Lijst van afkortingen

BW	Burgerlijk Wetboek
CC	Code Civil
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
DCFR	Draft Common Frame of Reference
PECL	Principles of European Contract Law

Inleiding

“Een goede planning mikt op gemoedsrust voor de cliënt, vandaag en morgen”.¹

In tijden van financiële crisis is het nog maar eens duidelijk hoe belangrijk een goede familiale vermogensplanning is. Waarschijnlijk heeft familiale vermogensplanning voor velen deels een fiscaal oogmerk maar de eerste doelstelling blijft om ervoor te zorgen dat het opgebouwde vermogen tijdens en na het leven bij de juiste personen terecht komt. Op die manier kan de cliënt met een gerust gemoed de rest van zijn leven aanvatten. Nog meer dan testamenten zijn schenkingen de instrumenten bij uitstek om deze gemoedsrust te bereiken.

Gemodaliseerde schenkingen zijn aantrekkelijke instrumenten in het kader van familiale vermogensplanning. Termijnen en voorwaarden die aan de schenking worden gekoppeld creëren een ‘schenking op maat’, waardoor de schenker tot op zekere hoogte kan bepalen wat er in de toekomst met de schenking zal gebeuren. Elke twijfel of onzekerheid betreffende de geldigheid of draagwijdte van een schenking (onder voorwaarde) kan verregaande (financiële) implicaties hebben zowel voor de schenker, voor de begiftigde als voor de erfgenamen van beide en valt dus hoe dan ook te vermijden.

De schenking onder gemengde voorwaarde is een voorbeeld van zo’n onzekere factor in een familiale vermogensplanning. Bij een schenking onder gemengde voorwaarde hangt de vervulling van de voorwaarde af van de wil van de schenker en van de wil van een bepaalde derde. Typevoorbeeld is de schenking onder (opschortende of ontbindende) voorwaarde dat de schenker trouwt met zijn huidige partner. Hoe nuttig deze schenking in de praktijk ook kan zijn, zij wordt met de grootste argwaan bekeken. In de traditionele Belgische visie wordt deze gemengde voorwaarde als nietig beschouwd wegens in strijd met de onherroepelijkheid van een schenking, immers *donner et retenir ne vaut*. Onder invloed van de Franse cassatierechtspraak, dat de gemengde voorwaarde wel toelaat, lijkt een belangrijk deel van de recentere Belgische rechtsleer nu wel de schenking onder de gemengde voorwaarde te aanvaarden. De onzekerheid wordt nog meer gevoed doordat het Hof van Cassatie geen duidelijkheid heeft geschept in een van de zeldzame momenten wanneer zij daartoe kans had. De meningen over de draagwijdte van dit arrest zijn dan ook zeer uiteenlopend.

¹ A-L. VERBEKE, “Modaliteiten bij een schenking” in *Bank en Familie*, Brussel, Bruylant, 2006, 137-139.

² Cass. 26 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 578, noot, *Arr. Cass.* 1983-84, 620, *Bull.* 1984, 578 en *RW* 1984-85, 2325.

In onze buurlanden Nederland en Frankrijk bestaat er minder discussie over de geldigheid van de gemengde voorwaarde. Het Franse Hof van Cassatie aanvaardt al meer dan een eeuw tijd dit type voorwaarde bij een schenking. Omdat in Frankrijk besloten werd om op basis van dezelfde wettekst de gemengde voorwaarde te aanvaarden, is een vergelijking met het Franse recht noodzakelijk voor een rechtsvergelijkende studie van de Belgische benadering van de gemengde voorwaarde. Daarnaast wordt subsidiair en beknopt ook het Nederlandse schenkingsrecht bestudeerd. Nederland heeft immers recent haar Burgerlijk Wetboek gemoderniseerd en de onherroepelijkheid van schenkingen afgeschaft. Dit heeft enorme implicaties voor de schenking onder voorwaarde.

Het is interessant om te zien dat deze drie rechtsstelsels met dezelfde basis begonnen zijn, namelijk de *Code Napoléon*, maar intussen uiteenlopende oplossingen hebben.

De onderzoeksvraag luidt daarom als volgt: *Dient het Belgische recht de gemengde voorwaarde onder te brengen onder het verbod van art. 944 BW gelet op de wijze waarop Frankrijk en Nederland de bedoeling van de schenker in acht nemen en besluiten de gemengde voorwaarde toe te laten?*

De verschillende behandeling van de potestatieve voorwaarden in het algemeen en de gemengde voorwaarden in het bijzonder staat centraal in deze masterscriptie. Hierbij wordt uitgegaan van het enige criterium dat het Hof van Cassatie ons aanreikte in haar arrest van 26 januari 1984: de bedoeling van de schenker.²

In het eerste hoofdstuk van deel I volgt een definiëring en analyse van de onherroepelijkheid van een schenking. In hoofdstuk 2 volgt de bespreking van de schenking onder (potestatieve) voorwaarde.

Daarna wordt in hoofdstuk 3 dieper ingegaan op de problematiek van de gemengde voorwaarde.

In heel wat rechtsleer wordt intussen gepleit voor een hernieuwde invulling van het begrip potestativiteit. In het tweede deel van deze masterscriptie worden deze voorstellen onder de loep genomen en beoordeeld in het licht van de bedoeling van de schenker. Hierbij zal het Franse begrip ‘willekeur’ om de potestativiteit te bepalen van cruciaal belang zijn.

² Cass. 26 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 578, noot, *Arr. Cass.* 1983-84, 620, *Bull.* 1984, 578 en *RW* 1984-85, 2325.

Als besluit doe ik een aanbeveling voor het Belgisch recht. Hoe veraf is de hernieuwde invulling van het begrip 'potestativiteit'? En wat betekent dit dan voor de schenking onder gemengde voorwaarde?

DEEL I

DE SCHENKING ONDER VOORWAARDE EN HAAR GEVOLGEN

HOOFDSTUK 1: DE SCHENKING ALS OVEREENKOMST TOT OVERDRACHT VAN EEN GOED

1. Voor een goed begrip van wat in België, Frankrijk en Nederland onder schenkingen verstaan wordt, is het noodzakelijk om de wettelijke bepalingen hierover te bekijken.

Voor België is de relevante bepaling voor de definitie van een schenking artikel 894 van het Burgerlijk Wetboek.³ Dit artikel definieert de schenking immers als volgt: *‘Een schenking onder de levenden is een akte waarbij de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet, ten voordele van de begiftigde, die ze aanneemt.’*⁴

Voor Frankrijk bepaalt artikel 894 van de *Code Civil*⁵: *‘La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l’accepte.’*

In Nederland tenslotte moeten we kijken naar art. 7:175 lid 1 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek⁶: *‘Schenking is de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.’*

Uit deze artikelen blijken de constitutieve bestanddelen van een schenking.⁷ De materiële vereiste bestaat uit de verarming van de schenker ten voordele van de begiftigde die hierdoor verrijkt wordt. Daarnaast karakteriseert het intentionele van de verarming, de zogeheten *animus donandi*, de schenking.⁸

³ Hierna afgekort als BW.

⁴ De term ‘akte’ is hier eigenlijk verkeerd gekozen. Het moest ‘overeenkomst’ zijn.

⁵ Hierna afgekort als CC.

⁶ Hierna afgekort als NBW.

⁷ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 3, nr. 1; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome VIII/1, les libéralités (généralités), les donations*, Brussel, Bruylant, 1962, 22-33 (hierna *Traité élémentaire Tome VIII/I*); CH. DECLERCK, W. PINTENS en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 218-221.

⁸ W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 552-558.

2. Naar Belgisch en Frans recht dient de verarming bovendien dadelijk en onherroepelijk te gebeuren.⁹

AFDELING I: DE VEREISTE VAN DADELIJKHEID

3. Dadelijke overdracht van een geschonken goed houdt in dat de verarming (resp. verrijking) onmiddellijk, zijnde op het moment van de aanvaarding van de schenking, intreedt en het eigendomsrecht meteen overgaat van het vermogen van de schenker naar het vermogen van de begiftigde.¹⁰
4. Dit betekent echter niet dat het materiële bezit (of beter: detentie) van het goed onmiddellijk dient over te gaan.¹¹ De dadelijke overdracht van het eigendomsrecht volstaat in de mate dat het een werkelijk en actueel recht is en geen louter potentieel recht.¹² Oorspronkelijk ging men echter wel uit van een echte *traditio*.¹³ Een schenking werd namelijk beschouwd als een zakenrechtelijke rechtshandeling waardoor de materiële overdracht van het geschonken goed nodig was om de schenking tot stand te brengen.¹⁴ Onder invloed van het Franse gewoonterecht is deze voorwaarde gaandeweg vervaagd.¹⁵ Dit is geïnspireerd op het gemene contractenrecht waar uiteraard het consensualiteitsprincipe geldt en de materiële overdracht geen vereiste is voor de totstandkoming van een translatief contract.¹⁶

⁹ W. DROSS, “L’irrévocabilité spéciale des donations existe-elle?”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011 (1), nr. 1-5; M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 851.

¹⁰ W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 555-556.

¹¹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die Keure, 2012, 161-162.

¹² Cass. 3 april 1970, *RW* 1970-1971, 127.

¹³ Een schenking die zich kon voltrekken zonder materiële overdracht van het goed was immers niet verenigbaar met het verbod van schenkingen ter zake des doods. Zie R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking. Hoe anders is de overeenkomst schenking en waarom? Rechtsvergelijkende studie van het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 376; I. NAJJAR, « Donations » in *Rép. Dalloz, tw.*, 1991, nr. 38.

¹⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/1*, 657, nr. 548.

¹⁵ X. LAGARDE, “Réflexions sur le fondement de l’article 931 du Code Civil”, *RTDCiv*, 1997, 36, nr. 8.

¹⁶ R. DEKKERS, A-L. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel III, Verbintenissen, Bewijsleer en Gebruikelijke Contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 19, nr. 31; H. DE PAGE, *Traité élémentaire, Tome IV, Les Principaux Contrats*, Brussel, Bruylant, 1972, 10; F. DUTILLEUL en PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Parijs, Dalloz, 2004, 46, nr. 45; PH. BIHR en B. GROSS, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d’habitation, baux commerciaux*, Parijs, Press Universitaire, 2002, 26, nr. 26; B. PETIT, « Contrats et obligations – Definition et classification des contrats. Art. 1101 à 1108-2. Fasc. 1-2 », in *JurisClasseur civil*, Parijs, Lexis Nexis, 2005, 36.

5. Voor de schenkingen buiten de handgift staat dit met zoveel woorden te lezen in art. 938 BW (en naar analogie in art. 938 CC):¹⁷ ‘*De behoorlijk aangenomen schenking is voltrokken door de enkele toestemming van de partijen; en de eigendom van de geschonken goederen gaat over op de begiftigde, zonder dat enige andere overgave vereist is.*’¹⁸ Het begrip dadelijkheid slaat dus enkel nog maar op het eigendomsrecht op de zaak en heeft in materiële zin geen betekenis meer.¹⁹
6. Zoals hierboven reeds vermeld is de handgift de enige schenkingsvorm waarbij een werkelijke overdracht van het goed, de *traditio*, wel noodzakelijk is voor de totstandkoming van de schenking.²⁰
7. De onmiddellijke overdracht van eigendom in het schenkingsrecht heeft dus dezelfde betekenis als in het gemene verbintenissenrecht.²¹

AFDELING II: DE VEREISTE VAN ONHERROEPELIJKHEID

8. Daarnaast is een schenking naar Frans en Belgisch recht, behoudens strikte uitzonderingen, onherroepelijk.²² De schenker kan vanaf het moment dat het schenkingsaanbod aanvaard wordt niet meer op de schenking terugkomen.²³ Tijdens het schenkingsaanbod kan de schenker zijn aanbod echter wel nog *ad nutum* herroepen.²⁴ Algemeen aanvaard wordt dat de

¹⁷ R. BARBAIX en B. VERDICKT, “Handgift zonder (bewezen) *traditio*: onbestaand of vernietigbaar?”, *Not.Fisc.M* 2011/3, 67, nr. 5.

¹⁸ N. LABEEUW, *Comm. Erf.*, art. 938 BW, Mechelen, Kluwer, 2006, 3.

¹⁹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 19.

²⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 700-701, nr. 587.

²¹ C. WITZ, “Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière de droit allemand” in M. MARTINEK, J. SCHMIDT en E. WADLE (eds.), *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtsdag. Vestigia Juris*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993, 534.

²² Zo is bijvoorbeeld een schenking tussen echtgenoten in België *ad nutum* herroepbaar tenzij deze opgenomen is in het huwelijkscontract (Brussel 8 september 2011, *Rec.gén.enr.not.* 2013, afl. 6, 266, noot A. CULOT; *Rev.trim.dr.fam.* 2013, afl. 1, 284, noot A. VAN HECKE). In Frankrijk heeft men recent de echtscheidingswet gewijzigd waardoor de *ad nutum* herroepbaarheid tussen echtgenoten is ingeperkt. Zie C. BRENNER, “Brèves observations sur la révocations des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce”, *Rép. Defr.* 2005, 108-109. Bovendien kan een schenking herroepen worden wegens niet-ervulling van de voorwaarden of wegens ondankbaarheid; Belgisch en Frans artikel 894 BW/CC. Franse term: irrévocabilité.

²³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 449-450, nr. 370, 447-448, nr. 368; J. HERAIL, “Libéralités graduelles et résiduelles”, *Rép.Civ.Dalloz*, 2008, nr. 34;

²⁴ Cass. Fr. 4 maart 1902, *D.* 1902, I, 214, S. 1902, 161, noot C. LYON-CAEN; B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE en J.F. PILLEBOUT, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Forme. Acceptation des donations. Art. 932 à 937 » in *JurisClasseur Civil*, Parijs, Editions du Juris-Classeur, 2011, nr. 20; Cass. Fr. 8 februari 1937, *JCP*, II, 1937, 306; Luik 13 oktober 1997, *JT* 1998, 123 en *JLMB* 1998, 257, noot S. NUDELHOLC; Gent 7 juli 1876, *Pas.* 1876, II, 362; Rb. Dinant 10 april 1991, *JLMB* 1993, 392; Gent 23 november 1993, *TGR* 1994, 109; Rb. Nijvel 4 maart 1993, *Rev.not.* 1994, 32; Rb. Brussel 12 oktober 1999, *JT* 2000, 71.

bindende kracht van het aanbod tot schenking dus beperkter is dan het contractaanbod uit het gemene recht dat in principe wel bindend is.²⁵ Art. 932 BW en CC luiden dan ook als volgt: “De schenking onder de levenden bindt de schenker niet en heeft generlei gevolg, dan van de dag waarop zij in uitdrukkelijke bewoordingen is aangenomen. De aanneming kan geschieden tijdens het leven van de schenker door een latere, authentieke akte, waarvan een minuut gehouden wordt; maar alsdan zal de schenking ten opzichte van de schenker eerst gevolg hebben van de dag waarop de akte van aanneming hem zal zijn betekend.”²⁶

9. Eens het aanbod aanvaard wordt is het goed onherroepelijk uit het vermogen van de schenker verdwenen.²⁷ Het aloude adagium ‘*donner et retenir ne vaut*’ verwoordt dit goed.²⁸ Bovendien geldt deze onherroepelijkheid voor alle schenkingsvormen, dus ook voor bijvoorbeeld de handgift en onrechtstreekse schenking.²⁹ De onherroepelijkheid is tevens het (hoofd-)kenmerk waarmee de schenking zich onderscheidt van het testament.³⁰

II.1. De versterkte onherroepelijkheid

10. De onherroepelijkheid van een schenking is een precisering van de gemeenrechtelijke onmogelijkheid van een partij om eenzijdig terug te komen op een contract.³¹ Deze onmogelijkheid om eenzijdig op een contract terug te komen lezen we in artt. 1134 BW en 1134 CC.³² Een contract strekt de partijen tot wet waardoor deze niet van de inhoud kunnen afwijken tenzij met wederzijdse toestemming of op een van de gronden door de wet erkend.³³

²⁵ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 34, nr. 37; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 235; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 155-156.

²⁶ De Franse tegenhanger: “*La donations entre vifs n’engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu’elle aura été acceptée en termes exprès. L’acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute; mais alors la donation n’aura d’effet, à l’égard du donateur, que du jour où l’acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.*”

²⁷ I. NAJJAR, “La donation”, in *Rép.Civ.Dalloz* 2008, 61, nr. 444-445; C. SALINIERE, “La Réversibilité des donations”, *RTDCiv.* 2004, nr. 2; A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht, III, De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1947, 222-223.

²⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire, Tome VIII/I*, 42-43; Cass. Fr. 27 februari 2013, nr. 10-19.133.

²⁹ J. SACE, “Les libéralités – Dispositions générales” in *Rép. Not, III, Successions, donations et testaments, VI*, Brussel, Larcier, 1993, 128, nr. 94.

³⁰ R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2012, 162; Naast het onderscheid dat giften onder levenden zijn en testamenten bij reden des doods.

³¹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 19-20, nr. 30.

³² E. DE WILDE D’ESTMAEL en B. DELAHAYE, “Schenkingen” in H. CASMAN en M. VAN LOOCK, *Huwelijksvermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., 14; W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 556.

³³ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 62; PH. MALAURIE, *Les Succession. Les Libéralités*. Parijs, Défrenois, 2010, 229-230.

Naast dit gemeenrechtelijk verbod om eenzijdig op een overeenkomst terug te komen, wordt ook de indirecte mogelijkheid tot eenzijdig opzeggen van de schenkingsovereenkomst door het gebruik van modaliteiten uitgesloten.³⁴ Dit principe van ‘versterkte onherroepelijkheid’ of ‘onherroepelijkheid van de tweede graad’ kenmerkt het Belgische en Franse schenkingsrecht.³⁵ Dit is dus eigenlijk een beperking van de partijautonomie uit art. 1134 BW aangezien de contractsvrijheid van de partijen wordt beknodt.³⁶

II.1.1. De betwiste *ratio legis* van de versterkte onherroepelijkheid

11. De bescherming van de partijen zou aan de grondslag liggen van deze versterkte onherroepelijkheid.³⁷ De wetgever wou vermijden dat de schenker ondoordacht zou schenken omwille van de mogelijkheid om op de schenking terug te komen.³⁸ Eveneens beschermt de wetgever de begiftigde die door de herroepelijkheid van het volle en onverstoorde genot van het geschonken goed zou worden beroofd. Bovendien zorgt de onherroepelijkheid voor rechtszekerheid betreffende de eigendomstitel van het goed.³⁹

Deze drievoudige *ratio legis* van de versterkte onherroepelijkheid is nochtans gecontesteerd.⁴⁰ Het is namelijk paradoxaal om de schenker te beschermen tegen ondoordachte beslissingen door de schenking extra (versterkt) onherroepelijk te maken.⁴¹ Om de schenker extra te beschermen lijkt een mogelijkheid tot *ad nutum* herroepbaarheid van de schenking een betere buffer tegen ondoordachte schenkingen.⁴² Bovendien blijkt ook uit de sanctie van het niet respecteren van de onherroepelijkheid, namelijk de nietigheid van de hele schenking, dat de schenker hierdoor niet extra beschermd wordt.⁴³ Als men echt de schenker wou beschermen dan was enkel de nietigheid van de litigieuze clausule en niet van de hele schenking een

³⁴ S. MOSSELMANS, “Onherroepelijkheid/principe” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 205-207.

³⁵ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 526.

³⁶ S. MOSSELMANS, “Onherroepelijkheid/principe” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 205, nr. 307

³⁷ L. RAUCENT, *Les libéralités*, Brussel, Bruylant, 1991, 132-133.

³⁸ H. CASMAN en R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 586-587.

³⁹ W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 557, nr. 1039.

⁴⁰ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 635 ev.

⁴¹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 636.

⁴² B. KNOBBE-KEUK, “Verungelückte schenkungen” in K. BALLERSTEDT en F.A. MANN (eds.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Keulen, 178, 154-155; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 636.

⁴³ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 639.

betere optie geweest.⁴⁴ Bij overlijden van de schenker wordt de nietigheid relatief ten aanzien van de erfgenamen of rechtverkrijgenden waardoor deze de schenking kunnen bekrachtigen, bevestigen of vrijwillig uitvoeren (art. 1340 BW).⁴⁵ Hetzelfde principe geldt in Frankrijk (art. 1340 CC).

Ook het argument dat het de versterkte onherroepelijkheid de begiftigde zou beschermen is twijfelachtig. Men beweert namelijk dat de schenker de begiftigde in zijn macht zou hebben indien hij eenvoudig de schenking zou kunnen herroepen.⁴⁶ De begiftigde zou immers genoodzaakt zijn om te alles te doen wat de schenker vraagt als hij het risico zou lopen dat de schenker het goed terug mag eisen.⁴⁷ Ook dit argument staat op losse schroeven.⁴⁸ De schenking tussen echtgenoten is in België namelijk wel *ad nutum* herroepbaar.⁴⁹ Het gevaar voor onderdrukking en chantage is misschien wel net het grootst in een huwelijk. De schenker-echtgenoot heeft met het teruggeisen van het geschonken goed namelijk een sterk drukkingsmechanisme ten aanzien van de echtgenote indien er echtelijke problemen zouden ontstaan.⁵⁰

Ten slotte wordt ook de rechtszekerheid aangehaald als grondslag voor de onherroepelijkheid.⁵¹ Ook dit is geen beslissend argument in het voordeel van de klassieke *ratio legis* van de versterkte onherroepelijkheid. Schenkingen kunnen immers door verschillende mogelijkheden toch tenietgaan.⁵² De belangrijkste is waarschijnlijk deze die verband houdt met het erfrecht, meer bepaald de inkorting van schenkingen.⁵³ Elke schenking die de erflater ooit gedaan heeft wordt onder de loep genomen bij het samenstellen van zijn nalatenschap en loopt het risico om in natura ingekort te worden.⁵⁴ Dit mechanisme zorgt er dus voor dat de rechtszekerheid van een geschonken goed nooit volledig vaststaat. Bijgevolg

⁴⁴ G. CHAMPENOIS, noot onder Cass. Fr. 25 november 1986, *Rép. Defr.* 1987, 1201; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 639; H. CASMAN en R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 587.

⁴⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire, Tome VIII/I*, 449-450; S. MOSSELMANS, "Onherroepelijkheid/principe" in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 207.

⁴⁶ F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Dalloz, 1997, 352, nr. 430.

⁴⁷ L. RAUCENT, *Les libéralités*, Leuven, Bruylant, 1991, 132-133, nr. 172.

⁴⁸ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 641.

⁴⁹ Art. 1096 BW.

⁵⁰ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 641.

⁵¹ W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 557, nr. 1039.

⁵² Wegens niet vervullen van de voorwaarde, wegens ondankbaarheid.

⁵³ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 645.

⁵⁴ S. DEVILLE en M. NICOD, "Réserve héréditaire. Réduction des libéralités", in *Rép. Civ. Dalloz*, juni 2012, nr. 193.

kan het geen afdoende verklaring zijn voor de grondslag van de versterkte onherroepelijkheid.⁵⁵

II.1.2. Historisch controleoogmerk als echte *ratio legis*?

12. De werkelijke *ratio legis* moet gezocht worden in een soort van algemeen controleoogmerk van de overheid ten tijde van de codificatie van de *Code Napoléon*.⁵⁶ De wetgever stond toen namelijk heel sceptisch tegenover de schenking en men wou de bevolking ontraden om schenkingen te doen.⁵⁷ Daarom nam de wetgever de versterkte onherroepelijkheid op in de *Code Napoléon*. Ook de bescherming van het gezins- en familievermogen wordt hierdoor bevorderd.⁵⁸ Daarom maakte men in 1804 de schenkingen tussen echtgenoten wel *ad nutum* herroepbaar, aangezien zij de bescherming van het huwelijk en het gezin bevorderen.⁵⁹ Dit wordt ook duidelijk uit de sanctie op een schending van de versterkte onherroepelijkheid, namelijk de relatieve of absolute nietigheid van de volledige schenking. Deze absolute of relatieve nietigheid hangt af van wat er beschermd wordt door de regel. Als enkel particuliere belangen beschermd worden dan is de sanctie de *relatieve* nietigheid. Als de regel de openbare orde wenst te beschermen dan is de sanctie logischerwijs de *absolute* nietigheid.⁶⁰

II.2. De (versterkte) onherroepelijkheid voorbijgestreefd?

13. Deze versterkte onherroepelijkheid wordt door sommige auteurs in vraag gesteld.⁶¹ Zij pleiten voor een mogelijkheid om, net zoals in het Nederlandse recht, een herroepingsbeding in de schenkingsovereenkomst op te nemen waardoor de schenker de schenking kan herroepen.⁶² Ook in de Draft Common Frame of Reference is de schenking weliswaar principieel onherroepelijk maar is de mogelijkheid voorzien om een herroepingsbeding aan de

⁵⁵ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 645.

⁵⁶ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 649.

⁵⁷ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 649.

⁵⁸ Dit is een onderscheid dat door VERBEKE wordt gemaakt in het kader van zijn pleidooi voor een hernieuwde invulling van de verschillende vermogens in het familiaal vermogensrecht. Hij maakt hierbij het onderscheid tussen het familievermogen (wat geërfd wordt uit de bloedlijn) en het gezinsvermogen (aanwinsten door de echtgenoten opgebouwd wordt door bijvoorbeeld arbeid). Zie A-L. VERBEKE, "Waardig familiaal vermogensrecht", *TEP* 2013/3, 10-12; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 649.

⁵⁹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 649.

⁶⁰ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 649.

⁶¹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 667.

⁶² R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 667.

schenkingsovereenkomst toe te voegen.⁶³ Art. IV.H.-401 (a) stipuleert immers het volgende: *Contracts for donation of goods are revocable only if a right to revoke is conferred by the terms of the contract.*

14. Het Nederlandse recht kende aanvankelijk ook de versterkte onherroepelijkheid maar Nederland bracht daar recentelijk verandering in door de invoering van het herroepingsbeding.

II.2.1. Oorspronkelijke situatie op basis van de *Code Napoléon*

12. Nederland had net als België en Frankrijk de *Code Napoléon*, en dus de (versterkte) onherroepelijkheid van de schenking, als basis.⁶⁴ De definitie van een schenking in het oude art. 7A:1703 BW luidde als volgt: *‘de schenking is eene overeenkomst, waarbij de schenker, bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde die hetzelfde aanneemt (sic).’*⁶⁵ Deze onherroepelijkheid was hetzelfde als de hierboven besproken Franse en Belgische versterkte onherroepelijkheid.⁶⁶ Nederland heeft echter op het einde van de vorige en begin deze eeuw haar Burgerlijk Wetboek hervormd en dit heeft ook grote gevolgen gehad voor het schenkingsrecht.⁶⁷

II.2.2. Het kan ook anders: Nieuw Burgerlijk Wetboek

13. Het principe van onherroepelijkheid van schenkingen is in Nederland nog steeds van kracht maar men heeft de versterkte onherroepelijkheid afgeschaft.⁶⁸ Bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek werd dus de mogelijk tot het geldig stipuleren van een herroepelijke

⁶³ De Draft Common Frame of Reference is een geheel van regels gebaseerd op de Principles Of European Contract Law dat dient als voorbereiding voor een mogelijke latere Common Frame of Reference wat beschouwd kan worden als het Europees Verbintenissenrecht. De Europese Commissie heeft deze opdracht aan een aantal academici toevertrouwd teneinde het Europees burgerlijk recht te harmoniseren (C. ASSER- T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Bijzondere overeenkomsten. 4 : Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 2009, 11, nr. 13.

⁶⁴ K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 53-54.

⁶⁵ N.K.F. LAND, C.W. S. BUSMANN en P.A.J.L. VERMEER, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1932, 454, nr. 1705.

⁶⁶ K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 54.

⁶⁷ In 1970 werd het personen- en familierecht reeds hervormd. In 1976 volgde het ondernemingsrecht. In 1992 volgde de grootste vernieuwing toen boeken 3, 5, 6 en een deel van 7 over alle facetten van het vermogensrecht werden. Sinds 1 januari 2003 is boek 4 over het erfrecht van kracht.

⁶⁸ E.M. MEIJERS, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, toelichting boek 7 (vierde gedeelte)*, 'S-Gravenhage, Staatsdrukkerij, 1972, 895.

schenking ingevoerd.⁶⁹ Als men niets bepaalt, blijft de schenking onherroepelijk. Dit verlaten van het beginsel van versterkte onherroepelijkheid is waarschijnlijk de belangrijkste wijziging in het nieuwe schenkingsrecht.⁷⁰

14. De schenkingen worden in het Nieuw Burgerlijk Wetboek ingedeeld bij Boek 7 dat handelt over het bijzondere overeenkomstenrecht.⁷¹ Dit heeft tot gevolg dat de partijen op grond van de contractsvrijheid en partijautonomie in principe een schenkingsovereenkomst naar eigen inzicht mogen modaliseren en dat deze overeenkomst voor de partijen op grond van *pacta sunt servanda* dan ook verbindend is.⁷² In het licht hiervan is een rechtstreekse of onrechtstreekse herroepelijkheidsclausule dus een geldige modaliteit van de schenking. De vereiste is natuurlijk wel dat dergelijke mogelijkheid bedongen werd.⁷³ De herroepingsmogelijkheid komt immers niet van rechtswege tot stand.⁷⁴ Zoals reeds gezegd: indien niets bepaald werd omtrent een eventuele herroepelijkheid, is de schenking onherroepelijk.⁷⁵
15. De mogelijkheid tot herroeping van alle mogelijke schenkingen staat niet met zoveel woorden in de wet. Toch wordt het bestaan ervan afgeleid uit het Nieuw Burgerlijke Wetboek.⁷⁶ Enerzijds uit het verschil tussen de oude definitie van een schenking en de nieuwe definitie in art. 7:175 eerste lid die als volgt luidt:

“Schenking is de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.

⁶⁹ Kamerstukken II 2000/01, 17 213, 6, nr. 6.

⁷⁰ GR. VAN DER BURGHT, J.P. PENDERS, *Schenking*, Deventer, Kluwer, 1989, 128; J.W. ZWEMMER, *Schenking*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2002, 23-33; B. WESSELS en A.J. VERHEIJ (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2010, 67.

⁷¹ C. ASSER en S. PERRICK, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223.

⁷² Nederlands artikel 6:248 lid 1 NBW: *“Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.”*

⁷³ W. BURGERHART, “Zijn overlijden en art. 9 SW 1956 ‘onherroepelijk’? Planning met de herroepelijke schenking (II)”, *EstateTipReview*, 2006, 45.

⁷⁴ J.L.D.J. MAASLAND, “De herroepelijke schenking en de (ontbonden) gemeenschap van goederen”, *Tijdschrift Erfrecht* 2007, 7-8

⁷⁵ J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 169.

⁷⁶ J. HIJMA en M.M. OLT Hof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 400, nr. 565.

De vereiste van onherroepelijkheid blinkt in dit artikel, in tegenstelling tot in haar voorganger, uit in afwezigheid. Anderzijds wordt ze ook afgeleid uit lid 2 van art. 7:177 NBW dat stelt:

2. Indien een bevoegdheid is bedongen tot herroeping van een schenkingsovereenkomst als bedoeld in lid 1, kan deze herroeping behalve bij een tot de begiftigde gerichte verklaring ook bij een uiterste wilsbeschikking van de schenker zonder mededeling aan de begiftigde geschieden.”

In dit artikel wordt duidelijk gewag gemaakt van de mogelijkheid om de herroeping te bedingen, zij het in geval van overlijden.⁷⁷

16. De keerzijde van het onderbrengen van de schenkingen onder de bijzondere overeenkomsten is dat de schenking ook aan de algemene regels en meer bepaald de beperkingen ervan onderworpen is.⁷⁸ Dit heeft gevolgen voor de schenkingen onder (louter) potestatieve voorwaarde wat evenwel verder aan bod komt.⁷⁹

⁷⁷ F.W.J.M. SCHOLS, *Schenking en gift*, Deventer, Kluwer, 2011, 42.

⁷⁸ K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 166.

⁷⁹ M.M. BAVINCK en H.F. VAN JOOLINGEN, “Eens gegeven blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van een herroepelijke schenking”, *WFR* 2005/6632, 1000-1002.

HOOFDSTUK 2: SCHENKEN ONDER VOORWAARDE

AFDELING I: DEFINIËRING

17. Schenken onder voorwaarde duidt op de situatie waarbij een schenker de schenking laat afhangen van een toekomstige en onzekere gebeurtenis die bij het intreden ervan de schenking voltrekt (opschortende voorwaarde) of ontbindt (ontbindende voorwaarde).⁸⁰ Hierin verschilt de voorwaarde van een termijn. Een termijn is een toekomstige en *zekere* gebeurtenis. Het staat niet vast wanneer de gebeurtenis zich zal voordoen maar het is zeker dat ze zich zal voordoen.⁸¹
- Het is mogelijk om modaliteiten zoals de termijn en de voorwaarde aan een schenking toe te voegen zonder de geldigheid, en meer bepaald de onherroepelijkheid van de schenking in het gedrang te brengen.⁸²
18. De voltrekking van de toekomstige en onzekere gebeurtenis kan afhankelijk zijn van het toeval.⁸³ In dat geval is de voorwaarde ‘toevallig’.⁸⁴ Daarnaast kan de toekomstige en onzekere gebeurtenis ook in meer of mindere mate afhangen van de wil van de schenker. Die toegevoegde voorwaarde heeft dan een (louter, gewoon of gemengd) potestatief karakter.⁸⁵

⁸⁰ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129; A-L. VERBEKE, “Modaliteiten bij een schenking” in *Bank en Familie/Banque et Famille*, Brussel, Bruylant, 2006, 137-139; Cass. 8 september 2005, nr. C.04.0407.

⁸¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht II*, Brugge, Die Keure, 2009, 4, nr. 4.

⁸² A. MEYUS en S. WILIKENS, “De gemodaliseerde hand- en bankgift – een instrument voor estate planning”, *AFT* 2001, nr. 12-13.

⁸³ P. VAN OMMESLAEGHE, “De opschortende voorwaarde. Goede en slechte gebruiken in de praktijk”, *Not. Fisc.M.* 2012/4, 108-109.

⁸⁴ Art. 1169 BW en de Franse tegenhanger: art. 1169 CC: “*La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.*”

⁸⁵ M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 155; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf. Art. 944 BW*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 3.

AFDELING II: SOORTEN VOORWAARDEN

II.1. Onderscheid naar gevolgen van de vervulling van de voorwaarde

19. Zowel België, Frankrijk als Nederland maken het onderscheid naar de gevolgen van de vervulling van de voorwaarde. We onderscheiden de opschortende en de ontbindende voorwaarde.

II.1.1. De opschortende voorwaarde

20. In geval van schenking onder opschortende voorwaarde krijgt de begiftigde op het moment van de schenking meteen, doch slechts voorwaardelijk, recht op het geschonken goed.⁸⁶ *Pendente conditione* is er een periode van onzekerheid of de verbintenis al dan niet uitwerking zal hebben.⁸⁷ De opschortende voorwaarde wordt enkel aanvaard indien de uitvoering van de overeenkomst, en niet de schenking zelf, wordt opgeschort.⁸⁸ In dat geval doet de voorwaarde geen afbreuk aan de vereiste van dadelijkheid van een schenking.⁸⁹ Deze stelling wordt door de rechtsleer en rechtspraak aanvaard.⁹⁰

II.1.2. De ontbindende voorwaarde

21. Daarnaast bestaan ook schenkingen onder ontbindende voorwaarde. Dit type schenking brengt in tegenstelling tot een schenking onder opschortende voorwaarde wel een

⁸⁶ M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning*, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004, Mechelen, Kluwer, 2004, p. 155; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf. Art. 944 BW*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 3.

⁸⁷ C. ASSER, A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 122, nr. 156.

⁸⁸ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 607.

⁸⁹ W. PINTENS, C. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 240-241.

⁹⁰ E. DE WILDE D’ESTMAEL, B. DELAHAYE en G. HOLLANDERS DE OUDERAEN, “Les Donations/ De schenkingen”, *Rép.Not* 3 2009, 56, nr. 13; A-L. VERBEKE en I. VERVOORT, “Contracten onder voorwaarde” in B. TILLEMEN en A-L. VERBEKE (eds.), *Knelpunten kanscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 28-29; Cass. Fr. 27 april 1874, *D.*, I, 318; R. ABIUSO en I. VERVOORT, “Schenkingen onder opschortende voorwaarde”, in A-L. VERBEKE, F. BUYSSSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning, boek 2, Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 459, nr. 724; Cass. Fr. 8 november 1886, *D.* 1887, I, 48; Cass. 5 juni 1981, *APT* 1984, 145, noot X. DIEUX, *Arr. Cass.* 1980-1981, 1157, *JT* 1982, 344, *Limb. Rechtsl.* 1981, 109, *Pas.* 1981, I, 1149, *RCJB* 1983, 199, noot HERBOTS, *RW* 1981-82, 250, *Rec. Gén. Enr. Not.* 1986, 387.

Contra: M. E. STORME, “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in H. CASMAN, E. DIRIX, R. DE CORTE, G. DE LEVAL, J. KOKELENBERG, J.L. LEDOUX, M. STORME, M.E. STORME, H. SWENNEN, S. VAN CROMBRUGGE, F. VAN NESTE, A. VAN OEVELEN en H. VUYE (eds.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit. XVIII^e Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1991-1992*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 448, nr. 36.

onmiddellijke uitvoering van de overeenkomst met zich mee.⁹¹ Doet de voorwaarde zich voor, dan wordt de schenking geacht nooit te hebben bestaan en keert het goed retroactief terug naar het vermogen van de schenker.⁹² Voor zover de voorwaarde toekomstig en onzeker is, doet de ontbindende voorwaarde geen afbreuk aan de vereiste van onherroepelijkheid van de schenking.⁹³

II.2. Onderscheid naar invloed op de vervulling van de voorwaarde

22. Voorwaarden kunnen niet alleen worden onderscheiden volgens de gevolgen die zij sorteren maar ook volgens de mate waarin de schenker invloed kan uitoefenen op de vervulling van de voorwaarde. Traditioneel onderscheidt men de toevallige, de louter potestatieve, de gewoon potestatieve en de gemengde voorwaarde.⁹⁴

Het Nederlands Nieuw Burgerlijk Wetboek maakt daarentegen niet langer een onderscheid tussen de verschillende mogelijkheden van invloed op de vervulling van de voorwaarde.⁹⁵ Zij onderscheiden wel nog de casuele voorwaarde, i.e. de tegenhanger van de Belgisch/Franse toevallige voorwaarde.⁹⁶ Daarnaast maakt de rechtsleer ook nog een onderscheid tussen de potestatieve voorwaarde enerzijds en de niet-potestatieve voorwaarde anderzijds. Belangrijk is in te zien dat het begrip ‘potestatieve voorwaarde’ in het Nederlands recht niet helemaal overeenkomt met dat van Frankrijk en België.

23. Naar Belgisch recht is de betekenis van de toevallige voorwaarde duidelijk, wat niet kan gezegd worden van de potestatieve voorwaarde.⁹⁷ Art. 1170 BW vormt de beperkte wettelijke

⁹¹ M. PUELINCKX-COENE, “Schenken onder ontbindende voorwaarde” in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS EN H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning*, boek 2, *Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 463-465.

⁹² Daarenboven keert het goed ook vrij van alle mogelijke lasten terug (art. 954 BW). Niettemin heeft de begiftigde wel recht op de voortgebrachte vruchten.

⁹³ M. PUELINCKX-COENE, “Schenken onder ontbindende voorwaarde” in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS EN H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning*, boek 2, *Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 464.

⁹⁴ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 43, nr. 61; Zie bijvoorbeeld J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 5 of M. PUELINCKX-COENE “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS EN H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning*, boek 2, *Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 483; I. NAJJAR EN V. BREMOND, “Libéralités. 3. Conditions et charges”, *Rép.Civ.D.*, 2011, nrs. 38-40.

⁹⁵ C. ASSER EN A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 128-129, nr. 167; M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 69, nr. 97.

⁹⁶ J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1983, 53.

⁹⁷ M. PUELINCKX-COENE “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS EN H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel,

grondslag ter zake. Dit artikel stipuleert: *Een potestatieve voorwaarde is die welke de uitvoering van de overeenkomst doet afhangen van een gebeurtenis die de ene of andere van de contracterende partijen vermag te doen plaatshebben of verhinderen.* De door de rechtsleer gegeven invulling van de verschillende verschijningsvormen van de potestatieve voorwaarde springt echter alle kanten op. *Grosso modo* zijn twee grote strekkingen te onderscheiden: een traditionele en een moderne.

II.2.1. Traditionele opdeling van de verschillende voorwaarde naarmate waarin de belover de vervulling kan beïnvloeden.

24. De klassieke definities van deze verschillende voorwaarden zijn als volgt:
- 1) De toevallige voorwaarde (*la condition casuelle*): de vervulling van de voorwaarde is enkel afhankelijk van een toevallige gebeurtenis.
 - 2) De louter potestatieve voorwaarde (*la condition purement potestative*): de vervulling van de voorwaarde is enkel en alleen afhankelijk van de wil van de belover.
 - 3) De gewoon potestatieve voorwaarde (*la condition simplement potestative*): de vervulling van de voorwaarde is afhankelijk van de wil van de belover en van een toekomstige en onzekere gebeurtenis.
 - 4) De gemengde voorwaarde (*la condition mixte*): de voorwaarde is afhankelijk van de wil van de belover en de wil van een derde.
25. Onder de louter potestatieve voorwaarde wordt in deze visie enkel de voorwaarde ‘als ik wil’ verstaan.⁹⁸ Een recent voorbeeld uit de rechtspraak: de belofte van de huurder om tot de koop van het gehuurde huis over te gaan wanneer zij daartoe bereid is.⁹⁹ Van zodra meer nodig is dan de enkel de voorwaarde ‘als ik wil’ van de belover is er sprake van een gewoon potestatieve voorwaarde.¹⁰⁰ Is naast de wil van de schenker ook nog de wil van een derde vereist, dan is sprake van een gemengde voorwaarde.¹⁰¹

Larcier, 2009, 487, nr. 773; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 399, nr. 451 e.v.; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 44.

⁹⁸ Y. HANNEQUART, “La condition” in *Les nouvelles droit civil, Tome IV, vol. II*, Brussel, Maison Ferdinand Larcier, 1958, 378, nr. 78; F. LAURENT, *Principes de droit civil, Tome XVII*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 71-72, nr. 55.

⁹⁹ Brussel, 23 september 2013, nr. 2010AR3280.

¹⁰⁰ F. LAURENT, *Principes de droit civil, Tome XVII*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 73, nr. 56.

¹⁰¹ Art. 1171 BW.

II.2.2. De klassieke vs. moderne opvatting van het begrip ‘potestativiteit’

26. Deze klassieke opdeling van het begrip potestativiteit wordt door een moderne strekking in de rechtsleer gecontesteerd.¹⁰² Meer bepaald het verschil tussen de louter potestatieve voorwaarde en de gewoon potestatieve voorwaarde is volgens hen te theoretisch. De moderne invulling houdt in dat de voorwaarde louter potestatief is wanneer de vervulling van de voorwaarde afhankelijk is van de enkele wil van de belover of volledig in zijn macht ligt.¹⁰³ Dit verschilt van de traditionele invulling die onder de louter potestatieve voorwaarde enkel de voorwaarde ‘als ik wil’ onderbrengt.¹⁰⁴
27. De inzet van het debat is cruciaal en kan als volgt samengevat worden: definieert men de voorwaarde ‘als ik morgen een auto koop’ als een louter of als een gewoon potestatieve voorwaarde?¹⁰⁵ Volgens de traditionele visie is deze voorwaarde gewoon potestatief want het feit of ik morgen al dan niet een auto koop is een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Het is namelijk niet zeker of ik een auto koop, maar als ik een auto koop, dan is de voorwaarde vervuld. Hier is dus meer vereist dan de schenking onder voorwaarde ‘als ik wil’ of ‘tenzij ik mij bedenken’ en kan daarom niet als een louter potestatieve voorwaarde gekwalificeerd worden.

In de moderne opvatting beschouwt men deze voorwaarde echter als een louter potestatieve voorwaarde. Het is namelijk alleen de belover die kan beslissen of hij een auto koopt of niet. Dit betekent dat enkel hij het alleenzeggenschap heeft over het al dan niet vervullen van de voorwaarde. Dit maakt de voorwaarde louter potestatief.

28. Beide visies hebben hun tekortkomingen. Het problematische aan de traditionele visie is dat de belover een banale bijkomende voorwaarde aan de overeenkomst kan toevoegen om de overeenkomst gewoon potestatief (en volgens het gewoon verbintenissenrecht steeds geldig,

¹⁰² H. DE PAGE, *Traité élémentaire, I, les obligations*, Brussel, Bruylant, 1962, 230; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Parijs, Presses universitaires de France, 1992, 607, nr. 165; J. GHESTIN, “La notion de condition potestative au sens de l’article 1174 du code civil” in A. WEILL, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 245, nr. 3.

¹⁰³ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 399, nr. 461

¹⁰⁴ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations. Le régime général de l’obligation”, *JT* 1999, 826

¹⁰⁵ Belangrijk hier is dat in dit voorbeeld ervan uitgegaan wordt dat er geen autolening meer verkregen moet worden. In dat geval zou er sprake kunnen zijn van een gewoon potestatieve voorwaarde omdat het verkrijgen van een autolening zou afhangen van een onbepaalde derde die immers een autolening moet toestaan. In deze hypothese is dat niet van toepassing.

zie verder) te maken.¹⁰⁶ De voorwaarden ‘als ik morgen het huis verlaat’ of ‘als ik morgen mijn gras afrijd’ moeten dan als gewoon potestatieve voorwaarden gekwalificeerd worden. Het is duidelijk dat de grens met de voorwaarde ‘zo ik wil’ hier bijzonder klein kan worden en nogal gekunsteld overkomt.¹⁰⁷

De moderne ruimere omschrijving van de louter potestatieve voorwaarde lost deze mogelijke omzeiling weliswaar op maar brengt meteen ook twee problemen met zich mee. Enerzijds is deze ruime omschrijving mijns inziens te verregaand en soms zelfs niet gewenst. Anderzijds is het niet altijd duidelijk waar men de grens moet trekken wanneer een voorwaarde ‘geheel afhankelijk is van de wil van de belover’. Is bijvoorbeeld de vervulling van de voorwaarde ‘als ik verhuis naar mijn appartement aan zee’ geheel afhankelijk van de wil van de belover? In de moderne visie kan dit niet anders dan bevestigend beantwoord worden. Het is namelijk enkel en alleen de beslissing van de belover om te verhuizen naar zijn appartement aan zee. Dat deze voorwaarde *de facto* ook afhankelijk is van externe factoren zoals bijvoorbeeld arbeidsplaats, familiale omstandigheden, gezondheidsredenen,... is voor de moderne invulling niet van belang. De vervulling van de voorwaarde ligt geheel in de macht van de belover want het enige dat moet gebeuren om de voorwaarde te doen intreden is dat de belover naar zijn appartement verhuist. Er moet geen nieuwe woonst meer gevonden worden want die is er in deze hypothese al. Dit verschilt van de voorwaarde ‘als ik verhuis’ aangezien dit (waarschijnlijk) impliceert dat er eerst nog een nieuwe woonst gevonden moet worden. Dit ligt dan niet meer geheel in de macht van de schenker (maar ook van een onbepaalde derde die zijn huis moet verkopen of verhuren) en is daarom een gewoon potestatieve voorwaarde.¹⁰⁸

Wanneer ligt de vervulling van de voorwaarde niet meer geheel in de macht van de belover? In de ruimere moderne opvatting is dat het geval wanneer de vervulling van de voorwaarde ook afhankelijk is van elementen die buiten de macht van de belover liggen.¹⁰⁹ Dit kan ook de wil van een onbepaalde derde zijn. Volgend voorbeeld moet de problematiek nog duidelijker maken: verschilt de voorwaarde ‘als ik een nieuwe auto koop’ van de voorwaarde ‘als ik dat zeldzame model van oldtimer kan kopen’? Volgens de traditionele visie zouden dit beiden gewoon potestatieve voorwaarden zijn, aangezien het kopen van een auto, oldtimer of niet, een toekomstige en onzekere gebeurtenis is. Als je daarentegen de moderne redenering strikt

¹⁰⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, Parijs, Larose et Tenin, 1907, 19, nr. 781.

¹⁰⁷ M. VAN QUICKENBORNE, “Modaliteiten van verbintenissen” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, *Commentaar Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 78.

¹⁰⁸ M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, 3.

¹⁰⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire, I, les obligations*, Brussel, Bruylant, 1962, 229-230.

doortrekt worden beide voorbeelden anders gekwalificeerd. De voorwaarde ‘als ik een nieuwe auto koop’ is een louter potestatieve voorwaarde want ik kies er immers zelf voor om al dan niet een nieuwe auto te kopen. Ik kan morgen immers naar eender welke garage stappen en een nieuwe auto kopen. De voorwaarde om dat specifieke oldtimer-model te kunnen kopen ligt dan weer niet meer geheel in de macht van de belover. Er moet namelijk een verkoper gevonden worden die zijn specifieke model van oldtimer wil verkopen aan een prijs die ik er voor wil betalen. Het is meteen duidelijk waar het eerste probleem van de moderne visie zich bevindt. Hoe bepaal je immers wanneer een voorwaarde niet langer louter potestatief maar gewoon potestatief wordt? Om in de sfeer van de auto’s te blijven: vanaf welk type auto ligt het verschaffen ervan niet meer in de macht van de belover? De grenslijn van het criterium ‘geheel in de macht van de belover’ is niet helemaal duidelijk en geeft aanleiding tot verwarring.

Het tweede en mijns inziens grotere probleem van de moderne visie is dat de ruime omschrijving van de louter potestatieve voorwaarde soms niet wenselijk is. Om een eerder voorbeeld te gebruiken in een verbintenissenrechtelijke context: ik verkoop je mijn huis voor 500.000 EUR als ik in mijn appartement aan zee ga wonen. Zoals hierboven al besproken is dit in de ruime omschrijving een verkoop onder louter potestatieve opschortende voorwaarde en in het algemeen verbintenissenrecht is de louter potestatieve opschortende voorwaarde nietig.¹¹⁰ Is het wel wenselijk dat de opschortende voorwaarde ‘dat ik naar mijn appartement aan zee verhuis’ valt in de (nietige) categorie van de louter potestatieve voorwaarden? Volgens mij is dat niet het geval. Het is niet ondenkbaar dat wanneer je twee woonsten hebt, je het ene wenst te verkopen op voorwaarde dat je in het andere gaat wonen. Deze verkoop wordt niet toegelaten door de moderne visie en dit moet worden betreurd.

II.2.3. Het criterium van de willekeur als alternatief

29. Beide visies volstaan niet om aan de noden van de praktijk te voldoen. In de Franse rechtsleer en rechtspraak wordt daarom gepleit om een ander (en beter, zie *infra*) criterium te gebruiken om de graad van potestaviteit te bepalen. Dit criterium is de aanwezigheid van een mogelijke willekeur in hoofde van de belover om de voorwaarde al dan niet te (doen) vervullen.¹¹¹ Moet de schuldeiser beschermd worden tegen de mogelijke willekeurige beslissing van de

¹¹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome III, Brussel, Bruylant, 2010, 1738, nr. 1213.

¹¹¹ Cass. Fr. 13 oktober 1993, *D.* 1994, 231; J. GHESTIN, “La notion de condition potestative au sens de l’article 1174 du code civil” in A. WEILL, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 246, nr. 4; B. AUDIT, noot onder Cass. Fr. 8 oktober 1980, *D.* 1981, 441-442.

schuldenaar inzake de (niet-)vervulling van de voorwaarde?¹¹² Indien dit bevestigend beantwoord wordt, zal de voorwaarde als een verboden *condition potestative* beschouwd worden. Hierbij maakt men ook het belangrijke onderscheid tussen de opschortende en ontbindende voorwaarde. Bij een verbintenis onder opschortende voorwaarde moet beoordeeld worden of de schuldenaar door zijn beslissing ervoor kan zorgen dat de voorwaarde zich niet voordoet. Want in voorkomend geval kan de schuldenaar eenzijdig beslissen om de opschortende voorwaarde niet te vervullen en bijgevolg niet verbonden te zijn. Bij de ontbindende voorwaarde is de omgekeerde situatie van toepassing: kan de schuldenaar eenzijdig beslissen dat de voorwaarde zich wel voordoet en daardoor niet meer verbonden te zijn door de verbintenis? In het licht hiervan moet bepaald worden of het risico bestaat dat beslissing om de voorwaarde al dan niet te (doen) vervullen op willekeurige basis kan gebeuren.¹¹³

Deze willekeurigheid kan uitgesloten worden door omringende omstandigheden.¹¹⁴ Deze kunnen bijvoorbeeld bestaan in objectieve maatstaven zoals financiële of economische omstandigheden.¹¹⁵ Enkele voorbeelden van gevallen waar de voorwaarde niet aangetast was door mogelijke willekeur:

- De voorwaarde dat het prototype wordt goedgekeurd.¹¹⁶
- De voorwaarde dat de productie rendabel is.¹¹⁷
- De voorwaarde dat de marketingcampagne niet meer rendabel is.¹¹⁸

Dit criterium is weliswaar geïntroduceerd door de Franse doctrine, maar ook in het Belgisch recht wordt het criterium van de willekeur meer en meer door de rechtbanken toegepast om te bepalen of er sprake is van (verboden) potestativiteit.¹¹⁹ Zo werden onder meer volgende voorwaarden als niet-potestatief beschouwd wegens het niet-bestaan van enige willekeur:

- Een aanwasbeding onder ontbindende voorwaarde van feitelijke scheiding.¹²⁰

¹¹² S. GJIDARA, "Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats: le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil", *Petites Affiches* 2000, n°124, nr.12-14; J.J. TAISNE, "Fasc. Unique. Art. 1168-1174. Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Caractères de la condition" in *Juris-classeur civil*, Parijs, Editions du juris-classeurs, 2012, nr. 34.

¹¹³ Cass. Fr. 2 april 2009, nr. 07-14.900; Cass. Fr. 29 september 2009, nr. 08-20.526

¹¹⁴ Cass. Fr. 16 oktober 2001, *Bull. civ.* 2001, I, nr. 257 ; *JCP* 2002, I, 134, nr. 4, met noot J. ROCHFELD; J.J. TAISNE, "Fasc. Unique. Art. 1168-1174. Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Caractères de la condition" in *Juris-classeur civil*, Parijs, Editions du juris-classeurs, 2012, nr. 35.

¹¹⁵ J.J. TAISNE, "Fasc. Unique. Art. 1168-1174. Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Caractères de la condition" in *Juris-classeur civil*, Parijs, Editions du juris-classeurs, 2012, nr. 35.

¹¹⁶ Cass. Fr. 21 juni 1967, *Bull. civ.* 1967, III, nr. 256.

¹¹⁷ Cass. Fr. 8 december 1972, *D.* 1973, 662.

¹¹⁸ Cass. Fr. 29 juni 2010, nr. 09-16471.

¹¹⁹ R. JANSSEN, *Comm. Erf.* art. 815 BW, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 41.

¹²⁰ Antwerpen, 3 juni 2009, *RW* 2010-11, 627, *T. Not.* 2011, 517, met noot M. PUELINCKX-COENE.

- Het beding dat de leverancier de bestelling mag annuleren als hij vindt dat de kredietwaardigheid van de koper verminderd is.¹²¹
- De voorwaarde dat de concessiegever meer dan 50% van de aandelen aan een derde heeft overgedragen.¹²²
- De voorwaarde van slagen door de werknemer op een examen opgesteld en verbeterd door de werkgever.¹²³

De hierboven gegeven voorwaarden zijn allemaal gevallen waar de schuldenaar weliswaar eenzijdig kan beslissen dat de voorwaarde zich al dan niet voordoet, maar dat er andere omstandigheden zijn die de mogelijkheid van een willekeurige beslissing uitschakelen.¹²⁴ In de zaak met het aanwasbeding onder ontbindende voorwaarde van feitelijke scheiding beseft het Hof van Beroep te Antwerpen dat de relatie tussen de feitelijke samenwoners in principe door beide partners eenzijdig kan beëindigd worden waardoor de voorwaarde vervuld zou worden. In die zin ligt de al dan niet vervulling van de voorwaarde in de macht van beide partijen, maar het hof argumenteert als volgt: *”Die beëindiging kan weliswaar tot stand komen door een eenzijdige beslissing van een van de partners, maar heeft zodanige gevolgen op diverse vlakken dat zij niet kan worden beschouwd als een louter potestatieve voorwaarde met het oog op het opzegbaar maken van het beding van aanwas.”* Het is duidelijk wat hiermee bedoeld wordt. Het is ondenkbaar dat een van de partijen de relatie zou opzeggen omwille van het feit dat zij dan niet meer verbonden zou zijn. Dit is overduidelijk het begrip ‘willekeur’ dat gehanteerd wordt om de graad van potestativiteit te bepalen. De willekeur van de beslissing wordt geneutraliseerd door de ‘prijs’ (het beëindigen van de relatie) die partijen zouden moeten betalen om de ontbindende voorwaarde te doen intreden.

De rechtspraak is echter niet altijd zo soepel om te besluiten dat de willekeur uitgeschakeld is.¹²⁵ Zo kwalificeerde het Franse Hof van Cassatie de verkoop van een goed onder opschortende voorwaarde dat de verkoper dit goed van een derde zou verkrijgen, als een ongeldige potestatieve voorwaarde.¹²⁶ Het Hof was van oordeel dat de uiteindelijke koper van het goed beschermd moest worden tegen de willekeurige beslissing van de verkoper om het

¹²¹ Kh. Hasselt 29 maart 1990, *T. Verz.* 1991, 215, met noot J.P. HENRY.

¹²² Cass. 30 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 702, *Pas.* 1995, 724, *RW* 1995-96, 829-830; Brussel 3 december 1992, *RW* 1992-93, 1342-1343, *JT* 1994, 599.

¹²³ Arbeidshof Antwerpen 25 april 2002, nr. 2000/948

¹²⁴ M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, “Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011”, *TPR* 2013, nr. 309, 416-417.

¹²⁵ Colmar 24 juni 2008, n°04/00058

¹²⁶ Cass. Fr. 13 oktober 1993, *D.* 1994, 231.

goed al dan niet op zijn beurt te kopen. Ook de voorwaarde dat schuldenaar eerst de haalbaarheid van een bouw moest beoordelen werd al potestatief beschouwd.¹²⁷ Ook deze voorwaarden werden niet aanvaard omwille van het bestaan van een mogelijke willekeur in hoofde van de belover:

- Het terugbetalen van een lening wanneer de belover haar aandelen in bedrijf X verkoopt.¹²⁸
- De verbintenis tot bouwen op voorwaarde dat de opdrachtgever de grond zou aankopen.¹²⁹

30. Daarnaast dringt de vraag zich op of enkel in geval van objectieve (en in zekere zin meetbare) omstandigheden de willekeur uitgesloten kan worden of ook in geval van subjectieve omstandigheden? Sommige auteurs menen van wel en er is ook rechtspraak in die zin gevestigd.¹³⁰ Deze uitbreiding naar mogelijke subjectieve omstandigheden is gebaseerd op het beginsel dat alle contracten te goeder trouw uitgevoerd moeten worden.¹³¹ In die zin wordt de (willekeurige) beslissingmacht van de schuldenaar ingeperkt door de grenzen van de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik dat hiermee gepaard gaat.¹³² Dit houdt in dat van de schuldenaar verwacht wordt dat hij zich loyaal gedraagt. Het willekeurig beslissen over de verwezenlijking van de voorwaarde zou een schending van de goede trouw uitmaken waardoor de schuldenaar zich schuldig maakt aan rechtsmisbruik.¹³³ De leer van de goede trouw werkt hier dus als slot op de deur tegen een mogelijke willekeurige beslissing van de belover.¹³⁴

31. Toch is voorzichtigheid geboden om deze gevallen zomaar te extrapoleren naar het schenkingsrecht. Zoals verder zal blijken wordt traditioneel opgevat dat het schenkingsrecht

¹²⁷ Angers 12 mei 1980, *D.* 1982, 470.

¹²⁸ Cass. 22 april 2013, C.12.0285.F.

¹²⁹ Rb. Antwerpen 26 maart 1981, *RW* 1981-82, 1837-1839 met noot F. DELWICHE.

¹³⁰ Cass. Fr. 22 november 1976, *JCP* 1978, 18903 met noot B. STEMMER; Cass. Fr. 17 februari 1955, *D.* 1955, 469; J. GHESTIN, "L'indétermination du prix de vente et la condition potestative", *Réc. D.*, 1993, nr. 9; S. GJIDARA, "Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats: le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil", *Petites Affiches* 2000, n°124, nr.16 *in fine*.

¹³¹ J. GHESTIN, "L'indétermination du prix de vente et la condition potestative", *Réc. D.*, 1993, nr. 9; J.J. TAISNE, "Fasc. Unique. Art. 1168-1174. Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Caractères de la condition" in *Juris-classeur civil*, Parijs, Editions du juris-classeurs, 2012, nr. 35.

¹³² S. GJIDARA, "Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats: le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil", *Petites Affiches* 2000, n°124, nr.33.

¹³³ Cass. Fr. 22 november 1976, *JCP* 1978, 18903 met noot B. STEMMER; Cass. Fr. 17 februari 1955, *D.* 1955, 469; S. GJIDARA, "Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats: le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil", *Petites Affiches* 2000, n°124, nr.33.

¹³⁴ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van een schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 406-407, nr. 469.

strenger is dan het verbintenissenrecht in die zin dat zij zowel de louter als gewoon potestatieve voorwaarde verbiedt, terwijl in het verbintenissenrecht enkel de louter potestatieve opschortende voorwaarde verboden wordt.¹³⁵ Het criterium ‘willekeur’ is immers geen criterium om het onderscheid te maken tussen ‘louter’ en ‘gewoon’ potestatief maar tussen potestatief en niet-potestatief.

32. Hoe zeer het ook aan te raden is om het criterium van de ‘willekeur’ te gebruiken in het Belgisch recht, er zal altijd enige ruimte blijven voor casuïstiek. De ene voorwaarde kan beschouwd worden als niet willekeurig omwille van een bepaalde feitenconstellatie, terwijl een andere gelijkaardige voorwaarde wel als willekeurig beschouwd wordt. Men zal altijd afhankelijk blijven van de soevereine beslissing van de rechter.

II.2.4. Rechtsvergelijking ondersteunende typologische opdeling

33. Het verschil tussen de louter potestatieve en gewoon potestatieve voorwaarde is van cruciaal belang voor het verbintenissenrecht aangezien unaniem wordt aangenomen dat in het algemeen verbintenissenrecht enkel de louter potestatieve opschortende voorwaarde nietig is.¹³⁶ De louter potestatieve ontbindende voorwaarde en gewoon potestatieve voorwaarde, opschortend dan wel ontbindend, worden wel aanvaard. Daarom is de hierboven vermelde discussie over de reikwijdte van de louter potestatieve voorwaarde uitermate belangrijk in het gemeen verbintenissenrecht. Voor wat betreft het schenkingsrecht dient deze discussie echter enigszins gerelativeerd te worden. In het schenkingsrecht wordt, zoals verder uitvoeriger zal blijken, haast unaniem aangenomen dat minstens zowel de louter potestatieve opschortende of ontbindende voorwaarde als de gewoon potestatieve opschortende of ontbindende voorwaarde

¹³⁵ M. PUELINCKX-COENE, “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 484; P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, De Boeck et Larcier, 2009, 52-53; A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk recht, III, De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1947, 226 ; M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 156; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van een schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 461; F. BUYSENS, “Schenken aan minderjarige kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming”, *Echtscheidingsjournaal* 1995, 98-99; Cass. Fr. 14 mei 1900, *D.*, 1900, I, 358; Cass. Fr. 20 juni 1932, *S.* 1932, I, 335; S. MOSSELMANS, “Onherroepelijkheid/principe” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, nr 384, 209; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 647-648, nr. 1459.

¹³⁶ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 62-63 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 72.

nietig is.¹³⁷ In die zin maakt het dan niet uit of je op de voorliggende voorwaarde het etiket louter of gewoon potestatief plakt, ze zijn immers beiden nietig.

34. Zoals reeds gezegd kent Nederland niet dezelfde opdeling tussen de potestatieve voorwaarden zoals België en Frankrijk. Deze terminologische verschillen tussen België, Frankrijk en Nederland maken rechtsvergelijking aan de hand van de bestaande begrippen uit de rechtsleer onwerkbaar. Een eenvoudige categorisering van voorwaarden op basis van de invloed van de schenker op de vervulling van de voorwaarde, laat toe te ontsnappen aan mogelijke begripsverwarring binnen de verschillende systemen. Na duiding van de categorieën, worden de verschillende types van voorwaarden, zoals zij in de huidige rechtssystemen bestaan, geplaatst binnen deze nieuwe typologie. Na afbakening van vijf types voorwaarden binnen het Belgisch, Frans en Nederlands recht, is een nuttige vergelijking van het al dan niet toelaatbaar zijn van deze voorwaarden mogelijk.
35. Om tegemoet te komen aan de discussie over de al dan niet ruime invulling van de louter potestatieve voorwaarde wordt in deze typologie gekozen om opdeling te maken tussen de voorwaarden die afhankelijk zijn van de wil de schenker en een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de vervulling binnen de macht van de schenker ligt en een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de vervulling niet binnen de macht van de schenker ligt of afhankelijk is van een onbepaalde derde. Naar huidig Belgisch recht worden de voorwaarden die wel door de schenker vervuld kunnen worden ingedeeld bij de louter potestatieve voorwaarden. De voorwaarden die naast de wil van de schenker ook afhangt van een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de vervulling buiten de macht van de schenker wil valt of afhankelijk is van een onbepaalde derde, worden ingedeeld bij de gewoon potestatieve voorwaarden.
36. Deze theoretische categorisering van de verschillende voorwaarde en de mate waarin de schenker invloed kan uitoefenen op het vervullen van de voorwaarde levert vijf types op. In deze typologie wordt abstractie gemaakt van het Franse criterium van de ‘willekeur’. Om dit aan belangrijkheid winnende begrip geen oneer aan te doen wordt per type voorwaarde in een alinea besproken wat de gevolgen zouden zijn als het criterium van de willekeur op dit specifieke type van voorwaarde gehanteerd zou worden.

¹³⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, Tome VIII/I, 398, nr. 315.

37. Deze vijf types kunnen onderscheiden worden:

Voorwaarde type A	Voorwaarde die afhankelijk is van een louter toevallige gebeurtenis.
Voorwaarde type B	Voorwaarde die afhankelijk is van de enkele wil van de schenker.
Voorwaarde type C	Voorwaarde die afhankelijk is van de wil van de schenker en een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de vervulling in de macht ligt van de schenker.
Voorwaarde type D	Voorwaarde die afhankelijk is van de wil van de schenker en een toekomstige en onzekere gebeurtenis die niet in de macht ligt van de schenker of afhankelijk is van een onbepaalde derde.
Voorwaarde type E	Voorwaarde die afhankelijk is van de wil van de schenker en de wil van een bepaalde derde.

Schematisch voorgesteld geeft deze categorisering:

	type A	type B	type C	type D	type E
België	toevallige voorwaarde	louter potestatieve voorwaarde		gewoon potestatieve voorwaarde	gemengde voorwaarde
Frankrijk	condition casuelle	condition purement potestative		condition simplement potestative	condition mixte
Nederland	casuele/toevallige voorwaarde	potestatieve voorwaarde		niet-potestatieve voorwaarde	

§1 Vervulling van de voorwaarde afhankelijk van een louter toevallige gebeurtenis (type A)

I. Definiëring

38. Voorbeeld: “Ik schenk u mijn paraplu als het morgen niet regent.”
39. De voorwaarde type A refereert aan de voorwaarde die enkel afhangt van een toekomstige en onzekere gebeurtenis, onbeïnvloedbaar door de wil van de schenker noch door de wil van de begiftigde.
40. Onder type A verstaan we in het Belgisch recht de toevallige voorwaarde, in het Franse recht de *condition casuelle* en in het Nederlandse recht de toevallige voorwaarde (ook door sommigen de casuele voorwaarde genoemd).¹³⁸
41. Het Nederlandse Nieuw Burgerlijk Wetboek kent geen afzonderlijke term meer voor deze categorie daar enkel een onderscheid wordt gemaakt tussen het al dan niet bestaan potestativiteit in hoofde van de belover. In de Nederlandse literatuur wordt echter net zoals in België de term ‘toevallige voorwaarde’ gebruikt. In het oude Nederlandse recht, en nog door sommige hedendaagse auteurs, wordt deze voorwaarde aangeduid als de ‘casuele’ voorwaarde.¹³⁹

II. Beoordeling van de geldigheid van type A

42. Deze voorwaarde wordt in elk van de rechtstelsels zonder meer aanvaard.¹⁴⁰ Het is mogelijk om uw juridische verplichtingen te laten afhangen van een voorwaarde waarop geen van de partijen invloed heeft.¹⁴¹

¹³⁸ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 50.

¹³⁹ P. MABÉ jr., *Handboek voor Notarissen, volgens de Nederlandsche wetgeving. Bevattende: eene behandeling van alle die onderwerpen, welke bij de onderscheiden wetboeken voorkomen, en op de notariële praktijk toepasselijk zijn, alles opgehelderd door voorbeelden en voorschriften van de onderscheiden akten, met eene opgave tevens van die bepalingen, waarin de nieuwe wetgeving van de Fransche verschilt*, Haarlem, De Wed. A. Loosjes, 1838, 99-100. Geconsulteerd via [Google Books](#) (klik voor hyperlink).

¹⁴⁰ B. CLAESSENS en N. PEETERS, “Verbintenissen onder voorwaarde” in X., *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, nr. 2505; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf. Art. 951 BW*, Mechelen, Kluwer, 2003; N. PETERKA, “Fasc. 30. Donations et testaments. – Donations entre vifs – Don Manuel”, *JurisClasseurCivil art. 931*, 2013, nr. 107; E. SPRUYT, “De schenking: Het paradepaardje van de successieplanning”, *AFT* 2008, 97, nr. 210.

¹⁴¹ R. BARBAIX, “De schenking als successieplanningsinstrument. Civielrechtelijke grenzen aan de contractsvrijheid”, *TEP* 2008, 245, nr. 263.

De toevallige voorwaarde staat zelfs met zoveel woorden in het Belgische en Franse Burgerlijk wetboek.¹⁴² Art. 1169 BW bepaalt: “Een toevallige voorwaarde is die welke van een louter toeval afhangt en geenszins in de macht is van de schuldeiser of van de schuldenaar.”¹⁴³ Dit louter toeval kan ook (enkel) de wil van een derde inhouden. Bijvoorbeeld: “Ik schenk je een vat bier als Romelu Lukaku de beslissende goal maakt in de finale van het Wereldkampioenschap voetbal in Brazilië.”

43. De toevallige voorwaarde staat niet woordelijk opgenomen in het Nederlandse Nieuw Burgerlijk Wetboek maar algemeen wordt aangenomen dat dergelijke voorwaarden de geldigheid niet in gevaar brengen.¹⁴⁴ Bijvoorbeeld: Een verbintenis gemaakt onder opschortende voorwaarde dat er de komende zes maanden meer dan 20 regendagen zullen zijn, is dus geldig aangezien dit geenszins door een van de partijen kan worden beïnvloed.¹⁴⁵

III. Criterium van de willekeur toegepast op voorwaarde type A

44. Aangezien de vervulling van de voorwaarde hier door geen van de partijen kan worden beïnvloed, is het criterium van de willekeur niet van toepassing op de voorwaarde type A.

§2 Vervulling van de voorwaarde enkel en alleen afhankelijk van de loutere wil van de schenker (type B)

I. Definiëring

45. Voorbeeld: “Ik schenk u mijn paraplu als ik dat wil.”
46. In België hoort in de nieuwe opvatting type B samen met type C bij de louter potestatieve voorwaarde.¹⁴⁶ Het Franse recht benoemt de voorwaarden type B en C als *condition purement potestative*.¹⁴⁷

¹⁴² M. GRIMALDI « Donations et testaments. Donations entre vifs. Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur. Clauses prohibées. Etat estimatif des donations mobilières. Art. 943 à 948 CC» in *JurisClasseur Civil Code*, Parijs, 2011, nr. 112.

¹⁴³ En de Franse variant: “La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.”

¹⁴⁴ J.L.L. WERY, “Schenking onder ontbindende voorwaarde”, *WPNR*, 1930, nr. 3143, 164.

¹⁴⁵ H.F. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2011, 346, nr. 431.

¹⁴⁶ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, “Apports soumis à une condition purement potestative”, *Rép.Sociétés.D.*, 2011, nr. 98.

In Nederland valt type B, samen met type C, onder de louter potestatieve voorwaarde.¹⁴⁸ In het Nederlandse recht wordt deze voorwaarde (net als door sommige Belgische auteurs) vaak de zuiver potestatieve voorwaarde genoemd. Het verschil tussen louter potestatief en zuiver potestatief is echter een semantische discussie die hier niet behandeld wordt.¹⁴⁹

47. Bij de voorwaarde louter afhankelijk van de enkele wil van de schenker wordt in deze hypothese enkel de ‘*conditio si voluero*’ bedoeld.¹⁵⁰ Indien er namelijk nog iets anders nodig is dan de enkele wil van de schenker hoort de voorwaarde niet meer in type B.¹⁵¹

II. De beoordeling van de geldigheid van voorwaarden type B

48. Een voorwaarde die afhankelijk is van de wil van de schenker is naar de letter van de wet verboden op basis van artt. 944 BW en 944 CC. Art. 944 BW luidt als volgt: ‘*Een schenking onder levenden die gedaan is onder voorwaarden waarvan de uitvoering van de enkele wil van de schenker afhangt, is nietig.*’¹⁵²
49. In België en Frankrijk bestaat geen betwisting omtrent de ontoelaatbaarheid van een schenking afhankelijk van de voorwaarde type B.¹⁵³ Omwille van de versterkte onherroepelijkheid van schenkingen kan de schenker geen clausules toevoegen aan de schenking die enkel en alleen afhankelijk zijn van het goedgevoelen van de schenker.¹⁵⁴

¹⁴⁷ J. FLOUR en H. SOULEAU, *Droit Civil. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 1982, 41, nr. 65 ; J. GHESTIN, “La notion de condition potestative au sens de l’article 1174 du code civil” in A. WEILL, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 246, nr. 4.

¹⁴⁸ E.M. MEIJERS, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, toelichting boek 7 (vierde gedeelte)*, ’S-Gravenhage, Staatsdrukkerij, 1972, 895.

¹⁴⁹ Sommige Belgische auteurs stellen dus de zuiver potestatieve voorwaarde gelijk met de gewoon potestatieve voorwaarde (bijvoorbeeld: M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf. art. 944 BW*, Mechelen, Kluwer, 2002, 3). In deze masterproef wordt echter uitgegaan van de driedeling louter (zuiver) potestatief – gewoon (eenvoudig) potestatief- gemengd.

¹⁵⁰ Cass. 16 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 375, *Pas.* 1961, I, 421 en *RGAR* 1962, Cass. 18 juni 1970, *Arr. Cass.* 1970, 981, *Pas.* 1970, I, 925; Cass. 13 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 163, *Pas.* 1984, I, 151 en *JT* 1984, 266; Cass. 25 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 373, noot, *Pas.* 1989, I, 339, noot en *RW* 1989-90, 1290.

¹⁵¹ J. DE CONINCK, “De voorwaarde in het contractenrecht”, *Recht en onderneming*, Brugge, Die Keure, 2007, 337-338, nr. 283; B. CLAESSENS en N. PEETERS, “Verbintenissen onder voorwaarde” in X., *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 17, nr. 2544; Cass. 26 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 578, noot, *Arr. Cass.* 1983-84, 620, *Bull.* 1984, 578 en *RW* 1984-85, 2325.

¹⁵² De Franse tegenhanger art. 944 CC: “*Toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l’exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle.*”

¹⁵³ M. PUELINCKX-COENE “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 483-484, nr. 767;

¹⁵⁴ M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 155; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K.

Deze voorwaarde die enkel en alleen afhankelijk is van het goeddunken van de schenker brengt de nietigheid van de schenking met zich mee, zelfs indien de begiftigde met de voorwaarde heeft ingestemd.¹⁵⁵ De schenking onder de voorwaarde ‘indien ik wil’ doet geen juridische verbintenis ontstaan net omdat de schenker zich klaarblijkelijk niet wenst te verbinden.¹⁵⁶ Het gaat, in tegenstelling tot de handelingen onder bezwarende titel, zowel om de ontbindende als opschortende louter potestatieve voorwaarde.¹⁵⁷ De nietigheid wordt niet teweeggebracht wanneer de loutere potestativiteit zich enkel bevindt in hoofde van de begiftigde.¹⁵⁸

III. De (louter) potestatieve voorwaarde getoetst aan de redelijkheid en billijkheid

III.1. Inleiding

50. In het Nederlands recht wordt zowel in het oude en nieuwe recht onder potestatieve voorwaarde verstaan: de voorwaarde die afhankelijk is van de enkele wil van de schenker.¹⁵⁹ Dit ogenschijnlijk eenvoudige principe vergt net als in België en Frankrijk nuancering.¹⁶⁰ De meeste auteurs gaan er vanuit dat de potestatieve voorwaarde niet enkel bestaat in geval van een clause die rechtstreeks refereert naar de wil van de schenker maar ook ingeval de

VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 616-617; J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, afl. 7-8, 386-389; Montpellier 8 april 2008, *Legifrance*, 07/3080; Versailles, 4 november 2010, *Legifrance*, 09/06167.

¹⁵⁵ Voor België: H. DE PAGE, *Traité élémentaire, VIII/I, les libéralités*, Brussel, Bruylant, 1962, 398; R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Comm. Erf.* art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 13; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, 2-4; J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 54; C. DE WULF, *Notarieel Familierecht en Familiaal Vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 403; P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, De Boeck et Larcier, 2009, 54.

Voor Frankrijk: G. BAUDRY-LACANTINERIE en M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 646-647; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit Civil. Les successions et les libéralités*, Parijs, Sirey, 1983, 394-395; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les successions. Les libéralités*, Parijs, Dalloz, 1997, 351-352; L. LEVENEUR en S. LEVENEUR, “Successions – Libéralités” in F. CHABAS, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Parijs, Montchrestien, 1999, 678.

¹⁵⁶ J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1994, 50.

¹⁵⁷ M. PUELINCKX-COENE “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 483-484; J. DE CONINCK, “De voorwaarde in het contractenrecht”, *Recht en onderneming*, Brugge, Die Keure, 2007, 337-338, nr. 283. Vanaf nr. 303 pleit DE CONINCK voor een hernieuwde invulling van de (louter) potestatieve voorwaarde; Antwerpen 26 maart 2001, *RW* 2002-03, 425; Cass. 22 april 2013, nr. C.12.0285.F; Antwerpen, 5 januari 1993, *TBBR* 1994, 242, noot I. DURANT; Brussel, 2 april 1974, *RW* 1974-75, 173, noot, Turnh. Rechtsl., 1973-74, 73; Bergen, 12 november 1979, *Rec. gén. enr. not.* 1980, nr. 22489, 177, noot; Rb. Brugge 6 december 1995, *AM* 1996, 156.

¹⁵⁸ Cass. Fr. 14 november 1883, *D.* 1884, I, 73; Cass. Fr. 26 juni 1905, *D.* 1906, I, 425.

¹⁵⁹ I.J.F.A. VAN VIJFEIJKEN, “De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 175.

¹⁶⁰ K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 54.

vervulling van de voorwaarde dermate van de schenker afhankelijk is dat zij *de facto* met zijn enkele wil gelijk staat.¹⁶¹

De potestatieve voorwaarde (bij schenkingen) heeft nochtans een omstreden geschiedenis.

III.2. Een gebrekkige wetgeving als uitgangspunt

51. Het Nederlands Burgerlijk Recht heeft net zoals het Belgische en Franse een Napoleontische basis.¹⁶² Toch heeft Nederland reeds van in den beginne – en niet alleen in het schenkingsrecht – andere accenten gelegd.¹⁶³

52. Zo achtte de Nederlandse wetgever het overbodig om art. 944 CC over te nemen in het Burgerlijk wetboek.¹⁶⁴ Bij de codificatie van het Burgerlijk wetboek in 1838 antwoordde de wetgever op de vraag waarom dergelijke bepaling niet was overgenomen bij de schenkingen als volgt: “*Daar schenking een contract is, valt zulks in den algemeenen regel, bij den Isten Titel van dit Wetboek vastgesteld (sic).*”¹⁶⁵ Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek kende namelijk art. 1292 BW(oud) uit het gemeen verbintenissenrecht dat stelde: “*Alle verbindtenissen zijn nietig, indien derzelver vervulling alleenlijk afhangt van den wil van dengenen die verbonden is(sic).*” De wetgever meende dat art. 1292 BW(oud) voldoende bescherming bood tegen schenkingen onder potestatieve voorwaarde daar een schenking een contract is en *alle* contracten zijn onherroepelijk zodat dat de overname van art. 944 CC bijgevolg niet nodig was.¹⁶⁶ Het werd echter al snel duidelijk dat de wetgever het bij het verkeerde eind had.¹⁶⁷ De reikwijdte van het verbod art. 944 CC is namelijk ruimer dan het verbod uit art. 1292 BW(oud) en art. 1174 CC, zie *supra* over de (versterkte) onherroepelijkheid.¹⁶⁸ Het doel van art. 944 CC was niet alleen de voorwaarde ‘als ik wil’ te

¹⁶¹ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbindtenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129.

¹⁶² K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 53-54.

¹⁶³ Een van de grootste verschillen tussen enerzijds Frankrijk en België en anderzijds Nederland was het Nederlandse verbod van schenkingen tussen echtgenoten opgenomen in art. 1715 BW (oud). Daarentegen was van oudsher de schenking tussen echtgenoten naar Belgisch (nog steeds) en Frans (niet meer) recht absoluut geldig en zelfs *ad nutum* herroepbaar (K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 150; art. 1096 BW)

¹⁶⁴ C. ASSER en S. PERRICK, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223.

¹⁶⁵ J.L.L. WERY, “Schenking onder ontbindende voorwaarde”, *WPNR*, 1930, 162, nr. 3143.

¹⁶⁶ C. ASSER en S. PERRICK, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223.

¹⁶⁷ J.L.L. WERY, “Schenking onder ontbindende voorwaarde”, *WPNR*, 1930, nr. 3143, 162.

¹⁶⁸ J.L.L. WERY, “Schenking onder ontbindende voorwaarde”, *WPNR*, 1930, nr. 3143, 162; Er moet bij de voorwaarde die alleen afhankelijk is van de wil van de schuldenaar een onderscheid gemaakt worden tussen de

verbieden maar alle potestatieve voorwaarden waarvan de vervulling in de macht ligt van de schenker.¹⁶⁹

III.3. De situatie in het Nieuw Burgerlijk Wetboek

53. In het huidige Nederlandse recht is, ook gelet op de mogelijkheid tot herroepelijke schenking, als zodanig geen behoefte meer aan een verbod van de potestatieve voorwaarde en art. 1292 BW werd dan ook niet overgenomen in het Nieuw Burgerlijk Wetboek.¹⁷⁰ De wetgever vond dergelijke bepaling overbodig voor zover zij niet meer wil zeggen dan ‘als ik wil’ en dus – nog – niet als verbintenis kan gelden.¹⁷¹
54. Gezien Nederland de onherroepelijkheidsvereiste van een schenking heeft afgeschaft, zou verkeerdelijk kunnen worden afgeleid dat een schenking afhankelijk van de loutere wil van de schenker (de Nederlandse louter potestatieve voorwaarde) in alle gevallen en zonder enig voorbehoud mogelijk is.¹⁷² Dit is echter te verregaand.¹⁷³ Het Nederlands schenkingsrecht is immers ondergebracht binnen de regelgeving van de bijzondere overeenkomsten.¹⁷⁴ Dit heeft tot gevolg dat de schenker en begiftigde weliswaar genieten van de contractsvrijheid maar ook dat de schenking, net als iedere andere overeenkomst, aan de specifieke vereisten van het bijzondere overeenkomstenrecht moet voldoen.¹⁷⁵ Zo mag een voorwaarde niet in strijd zijn met het wezen van de verbintenis.¹⁷⁶ Een louter potestatieve voorwaarde loopt het risico om niet te stroken met het wezen van de verbintenis.¹⁷⁷

eenzijdige en wederkerige overeenkomsten. Indien het een eenzijdige overeenkomst betreft, zoals de schenking, onder de voorwaarde ‘als ik wil’ ontstaat geen verbintenis, zelfs geen voorwaardelijke. Hierop is de sanctie de nietigheid. Betreft het een wederkerige overeenkomst dan is de dergelijke voorwaarde in principe niet nietig. (C. ASSER, A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6-1**, *Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 2012, 136-137, nr. 175).

¹⁶⁹ C. ASSER en S. PERRICK, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223; J.L.L. WERY, “Schenking onder ontbindende voorwaarde”, *WPNR*, 1930, nr. 3143, 162.

¹⁷⁰ Parlementaire geschiedenis boek 6, 145-147.

¹⁷¹ Parlementaire geschiedenis boek 6, 146-147.

¹⁷² W.D. KOLKMAN, B.E. REINHARTZ, L.C.A. VERSTAPPEN, I.J.F.A. VAN VIJFEIJKEN, *Erfrecht, Civiel en Fiscaal. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 431-432.

¹⁷³ C. ASSER A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223.

¹⁷⁴ Zie de plaats daarvan in het NBW.

¹⁷⁵ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, “De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?”, *Nieuw Erfrecht* juni 2004, 39-40

¹⁷⁶ Parlementaire geschiedenis boek 6, 145-147.

¹⁷⁷ C. ASSER, A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223.

55. Om te bepalen of een schenking onder potestatieve voorwaarde in strijd is met het wezen van de verbintenis moeten we een onderscheid maken tussen de opschortende en de ontbindende voorwaarde.¹⁷⁸ Een schenking onder opschortende voorwaarde die afhankelijk is van de enkele wil van de schenker wordt daarom door het merendeel van de rechtsleer als nietig beschouwd.¹⁷⁹ De loutere potestativiteit bij de opschortende voorwaarde holt immers het wezen van de verbintenis uit.¹⁸⁰ Het is niet verboden om een ruime mate van beslissingsvrijheid voor te behouden, maar eens die beslissingsvrijheid een totale beslissingsvrijheid wordt, is er sprake van een verboden louter potestatieve voorwaarde.¹⁸¹ En dat is vaak het geval bij een louter potestatieve opschortende voorwaarde.¹⁸² In geval van een schenking onder louter potestatieve opschortende voorwaarde beoogt de schenker helemaal niet om verbonden te zijn ten aanzien van de begiftigde, waardoor ook geen rechtsgevolgen aan deze schenking gegeven kan worden.¹⁸³
56. Dit voorbehoud bij de louter potestatieve opschortende voorwaarde is niet van toepassing op de schenking onder een louter potestatieve ontbindende voorwaarde aangezien deze wel onmiddellijke goederenrechtelijke gevolgen heeft.¹⁸⁴ Bij een schenking onder ontbindende voorwaarde komt de schenking meteen tot stand en gaat het geschonken goed over naar het vermogen van de begiftigde.¹⁸⁵ Bij een geclausuleerde ontbindende louter potestatieve voorwaarde kan de begiftigde de nakoming van de verbintenis vorderen en is de schenker verbonden tot zolang hij van zijn herroepingsrecht geen gebruik heeft gemaakt.¹⁸⁶ En gezien het Nederlandse recht de mogelijkheid tot een herroepelijke schenking heeft ingevoerd is dit

¹⁷⁸ J.B. VEGTER, "Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking", *WPNR* 2008, 168

¹⁷⁹ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, "De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?", *Nieuw Erfrecht* juni 2004, 39-40, nr. 3; C. ASSER A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223.

¹⁸⁰ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, "De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?", *Nieuw Erfrecht* juni 2004, 39-40, nr. 3; C. ASSER A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223.

¹⁸¹ J.L.P. CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht. Pitlo deel 4*, Deventer, Kluwer, 2002, 37.

¹⁸² GR. VAN DER BURGH, J.P. PENDERS, *Schenking*, Deventer, Kluwer, 1989, 128 medio.

¹⁸³ J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1994, 50.

¹⁸⁴ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129, nr. 168.

¹⁸⁵ K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 53-54; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129, nr. 168.

¹⁸⁶ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129, nr. 168.

ook een logisch onderscheid. Een herroepelijke schenking is namelijk een schenking onder louter potestatieve ontbindende voorwaarde.

57. Toch wordt de verschillende behandeling tussen de ontbindende en opschortende louter potestatieve voorwaarde niet door iedereen gedeeld.¹⁸⁷

Zoals gezegd blijven schenkingen onderworpen aan de regels van het algemeen verbintenissenrecht.¹⁸⁸ In dit boek van het NBW staat art. 6:2 dat bepaalt:

1. *Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.*
2. *Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.*

Dit artikel spreekt voor zich: alle verbintenissen zijn onderworpen aan de algemene beginselen van redelijkheid en billijkheid en moeten dus op die manier uitgevoerd worden.¹⁸⁹

Voor de ontbindende voorwaarde betekent dit dat op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid het mogelijk is dat de uitoefening van het recht om te herroepen onaanvaardbaar geacht wordt.¹⁹⁰ Dit is echter aan de rechter om te beoordelen.¹⁹¹ Maar ook voor de opschortende voorwaarde kan volgens sommigen dergelijk argument gegeven worden.¹⁹² Er is namelijk een verschil tussen de (opschortende) voorwaarden die afhankelijk zijn van de ‘wil’ van de schenker en de (opschortende) voorwaarden die afhankelijk zijn van het ‘redelijk en billijk oordeel’ van de schenker.¹⁹³ In het eerste geval lijkt de voorwaarde inderdaad niet te stroken met het wezen van de verbintenis aangezien de vervulling van de voorwaarde

¹⁸⁷ N. BAUDUIN, “Het legaat met keuzemogelijkheden en het verbod van willekeur” in *Familie en Recht*, januari 2014, VIII De potestatieve voorwaarde, geconsulteerd op <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00011/fullscreen>.

¹⁸⁸ J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 168.

¹⁸⁹ W.L. VALK, “Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Proefschrift van P.S. BAKKER.”, MuV 2014, 1.

¹⁹⁰ J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 168.

¹⁹¹ W.L. VALK, “Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Proefschrift van P.S. BAKKER.”, MuV 2014, 1-2.

¹⁹² N. BAUDUIN, “Het legaat met keuzemogelijkheden en het verbod van willekeur” in *Familie en Recht*, januari 2014, VIII De potestatieve voorwaarde, <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00011/fullscreen>.

¹⁹³ N. BAUDUIN, “Het legaat met keuzemogelijkheden en het verbod van willekeur” in *Familie en Recht*, januari 2014, VIII De potestatieve voorwaarde, geconsulteerd op <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00011/fullscreen>.

afhankelijk lijkt van de willekeur van de schenker.¹⁹⁴ In het tweede geval echter wordt de mogelijkheid tot een willekeurige beslissing door de voorwaarde zelf uitgeschakeld.¹⁹⁵ Dan is de vervulling niet afhankelijk van de willekeur van de schenker maar van zijn redelijk en billijk oordeel. Er is ook rechtspraak in die zin gevestigd: Een voorbeeld van een geldige opschortende voorwaarde is de verplichting om bij een overdracht van ondernemingen de zaakvoerder te ontslaan van zijn borgstelling van *zodra zulks mogelijk is*.^{196,197} Dit is een voorbeeld van een zeer ruime beslissingsvrijheid die naar de beginselen van redelijkheid en billijkheid moet uitgevoerd worden.¹⁹⁸ Een ander voorbeeld: Er werd een verbintenis aanvaard onder de opschortende voorwaarde ‘indien zulks hem, naar zijn mening, zal conveniëren’.¹⁹⁹ Dit is een louter potestatieve opschortende voorwaarde maar dit werd toch aanvaard omdat de schuldenaar met deze verbintenis zich weliswaar verbindt en dat de schuldeiser zich moet schikken naar schuldenaar als, en slechts als, de beginselen van redelijkheid en billijkheid in acht zijn genomen.²⁰⁰ Nog een voorbeeld: de opschortende voorwaarde ‘indien naar de mening van de schuldenaar zijn kas het zal toelaten’.²⁰¹ Dit is niet in strijd met de enkele wil van de schenker want de voorwaarde hangt ook nog af van iets anders, namelijk zijn financiële toestand.²⁰² Deze financiële toestand kan hij weliswaar beïnvloeden maar het is duidelijk dat die niet afhangt van de loutere willekeur van de schuldenaar.²⁰³ Daarom is dit niet in strijd met het wezen van de verbintenis.²⁰⁴

N. BAUDUIN, “Het legaat met keuzemogelijkheden en het verbod van willekeur” in *Familie en Recht*, januari 2014, VIII De potestatieve voorwaarde, geconsulteerd op <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00011/fullscreen>.

N. BAUDUIN, “Het legaat met keuzemogelijkheden en het verbod van willekeur” in *Familie en Recht*, januari 2014, VIII De potestatieve voorwaarde, geconsulteerd op <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00011/fullscreen>.

¹⁹⁶ Eigen cursivering.

¹⁹⁷ De volledige clausule luidt als volgt: "Zodra zulks mogelijk is, verbinden de koper (lees Probis) en comparant sub 3 (lees [betrokkene A], projectleider) zich jegens de comparant sub 1 in privé (lees [verweerder]) dat laatstgenoemde zal worden ontslagen uit aansprakelijkheid of borgstelling door hem gesteld ten behoeve van banken of andere crediteuren van de vennootschap."

¹⁹⁸ HR 7 december 2001, *RvdW* 201.

¹⁹⁹ Rb. Amsterdam 8 februari 1935, *W* 12887, geconsulteerd op

<http://weekblad.archive.library.maastrichtuniversity.nl/Bladeren?DocumentID=19350423&Search=12887>.

N. BAUDUIN, “Het legaat met keuzemogelijkheden en het verbod van willekeur” in *Familie en Recht*, januari 2014, VIII De potestatieve voorwaarde, geconsulteerd op <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00011/fullscreen>.

²⁰¹ Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 1918, *NJ* 1919, 29.

²⁰² C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129, nr. 167.

²⁰³ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129, nr. 167.

²⁰⁴ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129, nr. 167.

58. Ook over de geldigheid van de louter potestatieve ontbindende voorwaarde bestaat geen volledige consensus.²⁰⁵ Elke schenking, ook de herroepelijke, moet immers voldoen aan de drie traditionele elementen van de schenking zijnde de verarming, verrijking en de bedoeling om te bevoordelen (de *animus donandi*).²⁰⁶ Sommige auteurs stellen zich vragen bij de conformiteit van de louter potestatieve schenking onder ontbindende voorwaarde en de drie bestaansvoorwaarden van de schenking.²⁰⁷ Er is steeds een verrijking van de begiftigde noodzakelijk om te kunnen spreken van een schenking.²⁰⁸ Als er echter een herroepelijkheidsclausule toegevoegd is aan de schenking waardoor de schenker naar eigen inzicht en *ad nutum* de schenking kan herroepen, dan is de waarde van het herroepingsrecht op het moment van de schenking logischerwijs gelijk aan het voorwerp van de schenking.²⁰⁹ Is er dan nog sprake van een verarming in hoofde van de schenker?²¹⁰ VEGTER lijkt dit te betwijfelen gezien de verarming en verrijking moet worden beoordeeld op het moment van de schenking.²¹¹ Als er nu dankzij de herroepingsmogelijkheid *de facto* geen echte verarming optreedt, komt ook de *animus donandi* in het gedrang.²¹² In de parlementaire voorbereiding wordt geen aandacht besteed aan de verhouding tussen de drie essentiële elementen van de schenking en door de schenker voorbehouden recht tot herroeping.²¹³ Uit de Parlementaire Geschiedenis mag dan wel duidelijk blijken dat de wetgever een herroepelijke schenkingsovereenkomst voor ogen had, een afdoende verklaring voor de verenigbaarheid tussen de verarming-vereiste en de louter potestatieve ontbindende voorwaarde wordt niet gegeven.²¹⁴
59. Concluderend kan voor het Nederlandse recht gesteld worden dat gezien de mogelijkheid tot een herroepelijke schenking is ingevoerd, de schenking onder ontbindende voorwaarde type B geldig is. De schenking onder opschortende voorwaarde type B is niet rechtsgeldig tenzij in deze voorwaarde is bepaald dat de vervulling van de voorwaarde afhankelijk is van het

²⁰⁵ W. BURGERHART en F. SCHOLS, “Schenking en Gift in het nieuwe jaar”, *WPNR* 2003, 117.

²⁰⁶ Art. 7:175 lid 1 BW: “Schenking is de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.”

²⁰⁷ F.W.J.M. SCHOLS, *Schenking en gift*, Deventer, Kluwer, 2011, 43; J.B. VEGTER, “Het nieuwe schenkingsrecht” *WPNR* 1999, 728.

²⁰⁸ J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 168.

²⁰⁹ F.W.J.M. SCHOLS, *Schenking en gift*, Deventer, Kluwer, 2011, 43; J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 168.

²¹⁰ J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 168.

²¹¹ HR 28 januari 1959, *BNB* 1959/122.

²¹² J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 168.

²¹³ Kamerstukken II 2000/01, 17 213.

²¹⁴ F.W.J.M. SCHOLS, *Schenking en gift*, Deventer, Kluwer, 2011, 43; J.B. VEGTER, “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 168.

redelijk en billijk oordeel van de schenker en niet van zijn willekeurige beslissing. De beginselen van redelijkheid en billijkheid spelen een *a posteriori*-rol bij de ontbindende voorwaarde aangezien slechts achteraf kan beoordeeld worden of de herroeping deze beginselen geschonden heeft en de herroeping rechtsmisbruik uitmaakt. De beginselen van redelijkheid en billijkheid spelen een *a priori*-rol bij de opschortende voorwaarde omdat op voorhand moet nagegaan worden of de schenker op willekeurige wijze kan beslissen om op de opschortende voorwaarde te vervullen of als deze afhangt van zijn redelijk en billijk oordeel. In het eerste geval is deze zeker nietig, in het tweede geval lijkt niets de geldigheid van deze voorwaarde in de weg te staan.

IV. Criterium van de willekeur toegepast op voorwaarde type B

60. Voor het gebruik van het criterium van de willekeur wordt gepleit in het Frans recht. Het criterium van de willekeur wordt dan toegepast om te bepalen of er sprake is van (verboden) potestativiteit. Niet enkel de rechtsleer oppert voor het gebruik van dit criterium, ook de rechtspraak blijkt dit criterium meer en meer toe te passen (zie *supra*).

Als men dit criterium hanteert houdt dit voor voorwaarde type B in dat bij deze voorwaarde het risico op een willekeurige beslissing door de schenker dermate groot is dat de potestativiteit hierdoor niet kan worden uitgeschakeld. De vervulling van de voorwaarde ‘als ik wil’ is per definitie afhankelijk van de willekeurige beslissing van de schenker. Er is namelijk geen ‘prijs’ om te betalen door de schenker.

§3 Vervulling van de voorwaarde afhankelijk van de wil van de schenker en van een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de vervulling in de macht van de schenker ligt (type C)

I. Inleiding en definiëring

61. Voorbeeld: “Ik schenk u mijn paraplu als ik morgen een nieuwe koop”
62. Type C valt in deze typologie samen met type B in de huidige stand van zaken volgens de ruimere opvatting naar Belgisch recht onder de louter potestatieve voorwaarde. Ook in Frankrijk valt type C onder deze benaming, namelijk de *condition purement potestative*.²¹⁵

²¹⁵ M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 3.

Bij deze voorwaarde is dus meer vereist dan de loutere ‘zo ik wil’ van de schenker.²¹⁶ Deze voorwaarde maakt de schenking afhankelijk van de wil van schenker én van een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de vervulling in deze hypothese volledig in zijn macht ligt.²¹⁷

63. In Nederland geldt hetzelfde regime. Overwegend wordt aangenomen dat de louter potestatieve voorwaarde dan niet alleen de voorwaarde ‘als ik wil’ omvat maar ook elke voorwaarde die zo makkelijk door de schenker vervuld kan worden dat het ogenschijnlijk samenvalt met voorwaarde ‘als ik wil’ en dus de louter potestatieve voorwaarde.²¹⁸ Anders verwoord: datgene dat naast de loutere wil van de schenker vereist is ligt ook in de macht van de schenker, kan door hem makkelijk vervuld worden en heeft geen ingrijpende gevolgen voor de schenker.²¹⁹ VAN MENS verwoordt het in zijn proefschrift als volgt: “*Van een potestatieve voorwaarde is naar mijn opvatting sprake, als de vervulling van die voorwaarde, hetzij feitelijk of krachtens gemaakt beding, hetzij direct of indirect, afhankelijk is gesteld van de wil van de schenker*”.²²⁰

In het licht van de redelijkheid en billijkheid wordt in het Nederlands recht dus ook het criterium van de willekeur gehanteerd om te bepalen of een voorwaarde al dan niet potestatief is.²²¹

II. De beoordeling van de geldigheid van de schenking onder voorwaarde type C

64. Als er sprake is van een voorwaarde waarvan de vervulling volledig in de macht ligt van de schenker vervuld, moet deze voorwaarde, althans volgens de moderne en momenteel meest gedragen visie, als een louter potestatieve voorwaarde gekwalificeerd worden. In dit geval valt de voorwaarde binnen het vizier van art. 944 BW waardoor de ganse schenkingsovereenkomst, en niet enkel de betwiste clause, nietig is.²²²

²¹⁶ Y. BUFFELAN-LANORE, “Condition”, *Rép.Civ.Dalloz*, 2008, nr. 12-13.

²¹⁷ Kh. Hasselt 16 juni 2003, *TRV* 2005, 183, noot D. VAN GERVEN.

²¹⁸ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129.

²¹⁹ A Contrario J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1994, 50; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129.

²²⁰ K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 54.

²²¹ C. ASSER-HARTKAMP en SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6-I*, Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 2012, 136-137, nr. 175.

²²² H. CASMAN en R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 587.

65. Wat verstaan moet worden onder ‘een voorwaarde volledig in de macht van schenker’ zal afhangen van geval tot geval maar dit wordt als een brede notie opgevat door de aanhangers van de moderne opvatting.²²³ Zo valt bijvoorbeeld ook de voorwaarde ‘als ik verhuis naar mijn appartement aan zee’ binnen de voorwaarde type C.

66. Zoals *supra* al besproken, is de schenking onder louter potestatieve voorwaarde in Nederland, ondanks het feit dat de onherroepelijkheid van schenkingen is afgeschaft, toch niet steeds toegelaten.²²⁴

In eerste instantie lijkt door de afschaffing van de onherroepelijkheid van schenkingen niets de potestatieve voorwaarde in de weg te staan. Toch is het zo dat een potestatieve voorwaarde bij een schenking, als deel van het gemeen verbintenissenrecht, het wezen van die verbintenis niet mag uithollen.²²⁵ Er wordt door een meerderheid van de rechtsleer aangenomen dat in geval van een schenking onder opschortende voorwaarde type B, die voorwaarde in strijd is met het wezen van de verbintenis omdat zij het risico loopt om willekeurig door de schenker vervuld te worden.²²⁶

In de Nederlandse rechtsleer wordt ook aangenomen dat een voorwaarde die zo makkelijk vervuld kan worden door de schenker, met een louter potestatieve voorwaarde dient gelijkgeschakeld worden.²²⁷ In deze hypothese (type C) zal het dus van de concrete feiten afhangen of de voorwaarde ‘zo makkelijk vervuld kan worden dat zij met enkele wil (type B) gelijk gesteld moet worden’.²²⁸ Hier is ook het criterium van de willekeur naar Nederlands uitermate belangrijk. Zo zal de schenking onder opschortende voorwaarde ‘als ik een nieuwe paraplu koop’ waarschijnlijk als in strijd met het wezen van de verbintenis beschouwd worden. Een nieuwe paraplu kopen is een makkelijk te vervullen voorwaarde en loopt daarom het risico om willekeurig door de schenker vervuld te worden. Bij de voorwaarde ‘als ik

²²³ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations. Le régime général de l’obligation”, *JT* 1999, 826.

²²⁴ C. ASSER en S. PERRICK, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 223; T.J. MELLEMA-KRANENBURG, “De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?”, *Nieuw Erfrecht* juni 2004 nr. 3, p. 39-40; W. BURGERHART en F. SCHOLS, “Schenking en Gift in het nieuwe jaar”, *W.P.N.R* 2003, 117.; W.D. KOLKMAN, B.E. REINHARTZ, L.C.A. VERSTAPPEN, I.J.F.A. VAN VIJFEIJKEN, *Erfrecht, Civiel en Fiscaal. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 431-432.

²²⁵ Parlementaire geschiedenis boek 6, 145-147.

²²⁶ C. ASSER-HARTKAMP en SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6-I*, Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 2012, 136-137, nr. 175.

²²⁷ K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 53-54; C. ASSER-HARTKAMP en SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6-I*, Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 2012, 136-137, nr. 175.

²²⁸ C. ASSER-HARTKAMP en SIEBURGH, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6-I*, Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 2012, 136-137, nr. 175.

verhuis naar mijn appartement aan zee' lijkt dat niet het geval aangezien deze niet het risico loopt om willekeurig door de schenker vervuld te worden.

III. Criterium van de willekeur toegepast op voorwaarde type C

67. Indien men het criterium van de willekeur toepast op de voorwaarde type C betekent dit dat dit type voorwaarde geldig is voor zover zij niet het risico loopt willekeurig door de schenker vervuld te worden. Dit zal afhangen van geval tot geval en in het hierboven gegeven voorbeeld van de schenking onder voorwaarde dat ik morgen een nieuwe paraplu koop, zal de beoordeling van de willekeur ook afhangen van het goed dat geschonken wordt. Als ik u mijn huis schenk op voorwaarde dat ik morgen een nieuwe paraplu koop is het risico voor willekeur veel groter dan wanneer ik u mijn paraplu zou schenken onder voorwaarde dat ik morgen een nieuwe koop. Hier zal de beoordeling van het al dan niet bestaan van willekeur in hoofde van de schenker ook afhangen van de voorwaarde die hij moet vervullen. Het risico voor willekeur is bijvoorbeeld veel groter bij de voorwaarde 'als ik morgen een nieuwe paraplu koop' dan bij de voorwaarde 'als ik verhuis naar mijn appartement aan zee'. Dat beide soorten voorwaarden naar huidig Belgisch recht op dezelfde manier behandeld worden, toont nog maar eens aan dat er nood is aan een hernieuwde invulling van het begrip potestativiteit.

§4 De vervulling van de voorwaarde is afhankelijk van de wil van de schenker en van een toekomstige en onzekere gebeurtenis die niet in de macht van de schenker ligt (type D).

I. Definiëring

68. Voorbeeld: "Ik schenk u mijn paraplu als ik een nieuwe baan vind"
69. Type D is een voorwaarde die in België en Frankrijk volgens mij bij de gewoon potestatieve voorwaarden/*condition simplement potestative* hoort.²²⁹ Het Nederlands recht kent geen

²²⁹ J. BAEL, "Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?", *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr 5.

aparte benaming voor deze categorie.²³⁰ De voorwaarde type D behoort net als type E tot de niet-potestatieve voorwaarden.²³¹

70. In tegenstelling tot type C is in deze hypothese de voorwaarde niet eenzijdig door de schenker te vervullen. In de hierboven gegeven voorbeelden is de vervulling van de voorwaarde immers ook afhankelijk van een (nog niet nader bepaalde) werkgever die mij een baan moet aanbieden. Deze voorwaarde wordt naar huidig Belgisch recht ontegensprekelijk als een gewoon potestatieve voorwaarde gekwalificeerd.

II. Beoordeling van de geldigheid van type D

71. De vraag naar de geldigheid van de voorwaarde type D komt neer op de vraag of het mogelijk is aan de schenking een gewoon potestatieve voorwaarde toe te voegen. Zoals *supra* al vermeld wordt algemeen aangenomen dat in het gewoon verbintenissenrecht dergelijke voorwaarde geldig is.²³² Art. 1174 BW viseert immers enkel de louter potestatieve opschortende voorwaarde.²³³ Dit is niet het geval voor het schenkingsrecht waar grotendeels wordt aangenomen dat het verbod uit art. 944 BW minstens elke gewoon en louter, ontbindende dan wel opschortende, potestatieve voorwaarde omvat (over de gemengde voorwaarde: zie verder).²³⁴ Art. 944 BW wordt dus strenger opgevat dan art. 1174 BW.²³⁵ Op het eerste zicht lijken artt. 1174 BW (*Iedere verbintenis is nietig, wanneer zij is aangegaan onder een potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt*) en 1174 CC

²³⁰ J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1983, 53.

²³¹ A Contrario: C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129.

²³² R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van een schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 450, nr. 520.

²³³ P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, De Boeck et Larcier, 2009, 52-53; A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk recht, III, De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1947, 226; M. PUELINCKX-COENE, "Valkuilen van het schenkingsrecht" in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 156; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van een schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 461.

²³⁴ F. BUYSENS, "Schenkingen aan minderjarige kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming", *Echtscheidingsjournaal* 1995, 98-99; Cass. Fr. 14 mei 1900, *D.*, 1900, I, 358; Cass. Fr. 20 juni 1932, *S. 1932*, I, 335; S. MOSSELMANS, "Onherroepelijkheid/principe" in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, nr 384, 209.

²³⁵ J. BAEL, "Enkele bedenkingen betreffende het principe van onherroepelijkheid van een schenking" in A-L VERBEKE, J. M. SCHERPE, CH. DECLERCK, T. HELMS en P. SENAEVE (eds.), *Liber amicorum Walter Pintens. Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 70; M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke Verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 55-56, nr. 72; R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2013, 160, nr. 409.

hetzelfde te willen zeggen als art. 944 BW, resp. 944 CC.²³⁶ Het verbintenissenrecht verzet zich enkel tegen een overeenkomst gesloten onder louter potestatieve opschortende voorwaarde.

II.1. De uitbreiding van art. 944 BW ten aanzien van art. 1174 BW

72. In tegenstelling tot het gemeen verbintenissenrecht wordt in het schenkingsrecht grotendeels aangenomen dat niet alleen de schenking onder louter potestatieve voorwaarde maar ook de schenking onder gewoon potestatieve voorwaarde niet rechtsgeldig is.²³⁷ De schenking onder de voorwaarde ‘dat ik morgen mijn auto verkoop’ wordt dus als nietig beschouwd door de werking van art. 944 BW/CC.²³⁸

Zoals hierboven al vermeld maakt het voor het schenkingsrecht, naar beoordeling van de geldigheid, voor de meerderheid van de rechtsleer niet uit of de vervulling van de voorwaarde al dan niet volledig in de macht van de schenker valt.²³⁹ Valt zij volledig in de macht van de schenker (louter potestatief) of valt zij buiten de wil van de schenker (maar niet afhankelijk van een bepaalde derde en dus gewoon potestatief), in beide gevallen is zij nietig.²⁴⁰ Elke voorwaarde waarvan de vervulling niet alleen afhankelijk is van de wil van de schenker maar ook van een toekomstige en onzekere gebeurtenis of de wil van een onbepaalde derde, is een gewoon potestatieve voorwaarde.²⁴¹

²³⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil, XII*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 492-493.

²³⁷ M. PUELINCKX-COENE, “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 484; P. DELNOY, *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Brussel, De Boeck et Larcier, 2009, 52-53; A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk recht, III, De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1947, 226; M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 156; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van een schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 461; F. BUYSENS, “Schenken aan minderjarige kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming”, *Echtscheidingsjournaal* 1995, 98-99; Cass. Fr. 14 mei 1900, *D.*, 1900, I, 358; Cass. Fr. 20 juni 1932, *S.* 1932, I, 335; S. MOSSELMANS, “Onherroepelijkheid/principe” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 209, nr. 384; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 647-648, nr. 1459.

²³⁸ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 461.

²³⁹ H. CASMAN, “Actualia Schenkingen”, *NJW* 2011, deel 2, afl 249, 597, nr. 83.

²⁴⁰ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning: het principe van de versterkte onherroepelijkheid van de schenking herbekeken”, in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIESENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 55.

²⁴¹ S. STIJNS, “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer”, *Not. Fisc. M.* 2008, 98, nr. 31; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 3.

II.1.1 Ratio legis van het verbod op de gewoon potestatieve voorwaarde

73. Desondanks dat het verbod van de gewoon potestatieve voorwaarde haast unaniem aanvaard wordt is de ratio legis ervan niet volledig duidelijk.²⁴² BARBAIX en anderen menen de uitbreiding historisch te kunnen steunen op de Ordonnantie van d'Aguesseau waarvan art. 16 luidt:²⁴³ “*Les donations qui ne comprendroient que les biens présents seront pareillement déclarées nulles, lorsqu’elles seront faites à condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur en tout ou en partie, ou autres dettes et charges que celles qui existoient lors de la donations, même de payer les légitimes des enfants du donateurs, au-delà de ce dont ledit donataire peut en être tenu de droit, ainsi qu’il sera réglé ci-après. Laquelle disposition sera observée généralement à l’égard de toutes les donations faites sous des conditions dont l’exécution dépend de la seule volonté du donateur; ...*”²⁴⁴
- Het is duidelijk dat art. 944 BW gebaseerd is op artikel 16 van de ordonnantie van d'Aguesseau.²⁴⁵ Men heeft art. 16 van de ordonnantie op die manier ruim geïnterpreteerd dat men hierin al de uitbreiding naar de gewoon potestatieve voorwaarde zag.²⁴⁶ Zo krijgt de uitbreiding van art. 944 BW naar de gewoon potestatieve voorwaarde een, voor BARBAIX twijfelachtige maar meest plausibele, historische grondslag.²⁴⁷

II.2. Toch geen volledige consensus...

74. Toch deelt niet iedereen de visie dat de gewoon potestatieve voorwaarde per definitie nietig is.²⁴⁸ BAEL verdedigt de mening dat het verbod enkel slaat op de louter maar niet noodzakelijk op alle gevallen van de gewoon (en gemengd, zie verder) potestatieve voorwaarden.²⁴⁹ Hij

²⁴² R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539.

²⁴³ C. AUBRY en C. RAU, *Droit civil Français*, Tome XI, Parijs, Librairies Techniques, 1956, 228, voetnoot 5; G. BAUDRY-LACANTINERIE en M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 647, nr. 1459; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 538.

²⁴⁴ <http://documents.univ-toulouse.fr/150NDG/PPN075574489.pdf>

²⁴⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE en M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 647, nr. 1459.

²⁴⁶ A. BERNARD (ed.), E. BRUNET, C. RESTEAU en J. SERVAIS, *RPDB*, tome IV, Donations et testaments, 117, 491.

²⁴⁷ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539; A. BERNARD (ed.), E. BRUNET, C. RESTEAU en J. SERVAIS, *RPDB*, tome IV, Donations et testaments, 117, 491.

²⁴⁸ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHELSSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61.

²⁴⁹ J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 26.

steunt deze mening op een letterlijke (en *a contrario*) lezing van art. 944 BW.²⁵⁰ Dit artikel vereist voor de nietigheid van de voorwaarde dat deze afhankelijk is van de ‘enkele’ wil van de schenker.²⁵¹ Bij een gewoon potestatieve voorwaarde is dat per definitie niet het geval aangezien bij deze categorie de vervulling van de voorwaarde afhankelijk is van 1) de wil van de schenker en 2) een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Indien een tweede cumulatieve voorwaarde nodig is om te kunnen spreken van een gewoon potestatieve voorwaarde is bijgevolg niet meer voldaan aan de vereiste van art. 944 BW, te weten de ‘enkele’ wil van de schenker.²⁵² Hieruit leidt BAEL af dat art. 944 BW op die manier geïnterpreteerd kan worden dat gewoon potestatieve voorwaarde niet noodzakelijk valt onder het verbod van art. 944 BW (zie verder voor nuancering ontbindende en opschortende voorwaarden).²⁵³ BAEL beseft dat dit ingaat tegen de traditionele opvatting in de Belgische rechtsleer maar oppert dat deze visie terug te vinden is in de voorbereidende werken van het Burgerlijk Wetboek. Jaubert en Bigot-Prémeneu stelden namelijk dat indien de voltrekking van de voorwaarde afhing van de enkele wil van de schenker, men de onherroepelijkheidsvereiste niet respecteert.²⁵⁴ Daarnaast beweert BAEL ook dat het verbod van art. 944 BW beperken tot de louter potestatieve voorwaarde voor de praktijk de meest interessante oplossing is.²⁵⁵

Bovendien benadrukt BAEL het belangrijke onderscheid tussen de schenking onder gewoon potestatieve opschortende voorwaarde en gewoon potestatieve ontbindende voorwaarde.²⁵⁶ Het criterium om de ‘afhankelijkheid van de *enkele* wil van de schenker’ te bepalen verschilt enorm tussen beide categorieën.²⁵⁷ Als je ‘de voorwaarde waarvan de uitvoering van de *enkele* wil van de schenker afhangt’ leest als ‘voorwaarden die de schenker kan vervullen indien hij dat wil’ dan is de vraag bij de opschortende voorwaarde: Kan de schenker alleen

²⁵⁰ J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 26; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539.

²⁵¹ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 938, nr. 1509.

²⁵² J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 938-939, nr. 1509.

²⁵³ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 938.

²⁵⁴ J.G. LOCRE, *Législation Civile, Commerciale et Criminelle ou commentaire et complètement des codes français Tome XI*, Brussel, Wahlen, 1838, 395-396.

²⁵⁵ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 946, nr. 1515.

²⁵⁶ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 60.

²⁵⁷ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 60.

beslissen dat aan de voorwaarde niet zal worden voldaan?²⁵⁸ Bij een opschortende voorwaarde is de schenker immers nog niet ten volle verbonden en als hij door zijn toedoen ervoor kan zorgen dat de schenking geen uitwerking krijgt, dan is ook volgens de BAEL de schenking verboden potestatief.²⁵⁹ Het is van geen belang wat er dan nog naast de wil van de schenker nodig is om te voorwaarde te (doen) vervullen.²⁶⁰ Bij een ontbindende voorwaarde is de vraag anders, namelijk: kan de schenker alleen beslissen dat de ontbindende voorwaarde zich voordoet?²⁶¹ Indien dit het geval is, kan de schenker alleen beslissen om niet verbonden te zijn en is de vervulling van de voorwaarde dus afhankelijk van de *enkele wil* van de schenker wat hem meteen ongeldig want potestatief maakt.²⁶² In het andere geval, als de schenker niet door zijn enkele wil de ontbindende voorwaarde kan doen intreden, kan de schenker dus ook niet eenzijdig verkiezen om niet verbonden te zijn waardoor de schenking wel geldig is.²⁶³

BAEL geeft dit onderscheid aan door een aantal voorbeelden.²⁶⁴ De schenkingen gedaan onder opschortende voorwaarde dat ik te voet naar Santiago de Compostella ga of de opschortende voorwaarde dat ik trouw, laten beide teveel vrijheid aan de schenker. Hij kan door zijn *enkele wil* beslissen over het lot van de schenking door nooit naar Santiago de Compostella te vertrekken of nooit te trouwen.²⁶⁵ In het geval van een schenking onder ontbindende

²⁵⁸ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 60.

²⁵⁹ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 938-939, nr. 1509; J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 60.

²⁶⁰ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 938-939, nr. 1509; J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61.

²⁶¹ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61.

²⁶² J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 60; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 938-939, nr. 1509.

²⁶³ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61.

²⁶⁴ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 945-946, voetnoot 2578; J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 60.

²⁶⁵ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 938-945-946, voetnoot 2578; J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61.

voorwaarde dat ik naar Santiago de Compostella ga of dat ik trouw, liggen de kaarten anders. In het eerste geval kan de schenker opnieuw door zijn *enkele* wil over het lot van de schenking beslissen, namelijk door niet naar Santiago de Compostella te gaan, waardoor deze schenking de geldigheidstoets niet zal doorstaan.²⁶⁶ In het tweede geval echter is om het lot van de schenking te beïnvloeden nog de wil van een onbepaalde derde nodig. Hier kan de schenker dus niet door zijn *enkele* wil de schenking laten ontbinden en daarom wordt deze schenking volgens BAEL dan ook niet geïseerd door art. 944 BW.²⁶⁷ Concluderend kan gesteld worden dat BAEL de gewoon potestatieve ontbindende voorwaarde geldig vindt voor zover de bijkomende voorwaarde niet enkel in de macht van de schenker ligt.²⁶⁸

II.3 ... maar wel een (grote) meerderheid

75. De meeste auteurs gaan niet akkoord met het standpunt van BAEL en menen dat de gewoon potestatieve voorwaarde bij een schenking steeds nietig is.²⁶⁹ BARBAIX bijvoorbeeld gaat zelfs *expressis verbis* in tegen de stelling van BAEL. Volgens haar heeft de schenker nog steeds de mogelijkheid om alleen ervoor te zorgen dat de voorwaarde zich niet voordoet.²⁷⁰ Zij meent dat er, naar geldigheidsvereisten, geen onderscheid dient gemaakt te worden tussen de schenking gedaan onder de voorwaarde ‘dat ik wil’ en de schenking onder voorwaarde ‘dat ik naar Brussel verhuis’.²⁷¹ In het tweede geval is inderdaad nog een extra gebeurtenis vereist, namelijk het verhuizen, maar de schenker kan van zijn verplichting tot schenking afzien door

²⁶⁶ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hèlène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61.

²⁶⁷ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hèlène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61.

²⁶⁸ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hèlène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 64.

²⁶⁹ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 63; H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 399-400, nr. 315; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XII, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 494-495, nr. 409; M. PUELINCKX-COENE “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 484, nr. 768; S. MOSSELMANS, “Onherroepelijkheid/principe” in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 205-207; M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning*, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004, Mechelen, Kluwer, 2004, 155.

²⁶⁹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 526.

²⁷⁰ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539.

²⁷¹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539 *in fine*.

helemaal geen poging te doen om naar Brussel te verhuizen.²⁷² De niet-verwezenlijking van de voorwaarde is wel afhankelijk van de enkele wil van de schenker en is daarom nietig.²⁷³ Zij lijkt echter voorbij te gaan aan het door BAEL benadrukte onderscheid tussen de ontbindende en opschortende voorwaarde. Ook BAEL oordeelt dat de schenking onder de opschortende voorwaarde ‘dat ik naar Brussel verhuis’ nietig omdat de schenker kan beslissen nooit naar Brussel te verhuizen en bijgevolg kan vermijden om gebonden te zijn. De schenking onder ontbindende voorwaarde ‘dat ik naar Brussel verhuis’ acht hij wel geldig.

76. Zowat alle auteurs zijn dus van oordeel dat de schenking onder gewoon potestatieve voorwaarde nietig is zonder daarbij enige nuancering aan te brengen.²⁷⁴ Daarbij wordt steeds verwezen naar het ‘van oudsher aanvaarde beginsel dat de gewoon potestatieve voorwaarde bij schenkingen niet geldig is’. Dit valt te betreuren. Het is niet in te zien waarom de schenking onder de ontbindende voorwaarde ‘dat ik naar Brussel verhuis’ of ‘dat ik trouw’ nietig is. In deze voorbeelden is het engagement van de schenker ontegensprekelijk aanwezig en kan hij daar onmogelijk door zijn enkele wil onderuit komen. Het aloude beginsel dat de gewoon potestatieve voorwaarden bij schenking niet geldig zijn valt niet meer te verdedigen. Daarom pleit VERBEKE voor een hernieuwde invulling van het begrip ‘potestativiteit’ waarbij het verschil tussen de ontbindende en opschortende voorwaarde benadrukt wordt (zie *infra*).²⁷⁵
77. Net zoals in het Belgisch recht wordt in Frankrijk traditioneel aanvaard dat in het schenkingsrecht het verbod van art. 944 CC ook de gewoon potestatieve voorwaarde (*condition simplement potestative*) omvat.²⁷⁶ De werking van de versterkte onherroepelijkheid

²⁷² R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539.

²⁷³ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539 *in fine*.

²⁷⁴ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larquier, 2013, 63; H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 399-400, nr. 315; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XII, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 494-495, nr. 409; M. PUELINCKX-COENE “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larquier, 2009, nr. 768, 484; S. MOSSELMANS, “Onherroepelijkheid/principe” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larquier, 2009, 205-207; M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning*, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004, Mechelen, Kluwer, 2004, 155.

²⁷⁵ R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 31, nr. 46.

²⁷⁶ PH. MALAURIE, *Les Successions. Les Libéralités*. Parijs, Défrenois, 2008, 231, nr. 432 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 647, nr. 1459; D. GUÉVEL, *Les Successions. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 2004, 281-282, nr. 408; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit Civil. Les succession et les libéralités*, Parijs, Sirey, 1983, 395, nr. 504; W. DROSS, “L’irrévocabilité spéciale des donations existe-elle?”, *Revue*

van de schenkingen ligt ook in Frankrijk aan de grondslag van de uitbreiding van art. 944 CC naar de gewoon potestatieve voorwaarde.²⁷⁷

Toch is de ratio legis hiervan ook hier omstreden (zie ook *supra*).²⁷⁸ HUC verklaart de grondslag van de uitbreiding in het schenkingsrecht op een *a contrario*-lezing van art. 947 CC.²⁷⁹ Dit artikel luidt “*Les quatre articles précédents ne s’appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre.*”²⁸⁰ Met deze bepaling wordt dus bedoeld dat de artikelen 943, 944, 945 en 946 CC niet van kracht zijn in geval van schenkingen ten voordele van het huwelijk.²⁸¹ Maar art. 947 CC laat het gemeenrechtelijke verbod op louter potestatieve voorwaarden wel onverkort van toepassing.²⁸² In de mate dat art. 944 CC een loutere herhaling zou zijn van art. 1174 CC, zou het bestaan van art. 947 CC dus overbodig zijn of zelfs absurd volgens HUC.²⁸³ BARBAIX twijfelt of deze verklaring wel afdoende is, want art. 944 CC is sowieso geen loutere herhaling van art. 1174 CC aangezien art. 944 CC niet enkel de opschortende voorwaarde maar ook de ontbindende voorwaarde viseert.²⁸⁴

II.4 Niet in strijd met het wezen van de verbintenis en dus geldig

78. Voor Nederland is de opdeling tussen type C en type D uitermate relevant. Zoals *supra* al gebleken is betekent de afschaffing van de onherroepelijkheid van de schenking niet dat elke potestatieve voorwaarde zomaar mogelijk is. Zo is de schenking onder opschortende louter

trimestrielle de droit civil 2011 (1), nr. 12 ; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Parijs, Dalloz, 1997, 353, nr. 433; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, Parijs, Presses universitaires de France, 2003, 53, nr. 34.; L. LEVENEUR en S. LEVENEUR. “Successions – Libéralités” in F. CHABAS, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Parijs, Montchrestien, 1999, 680, nr. 1500 ; M. GRIMALDI « Donations et testaments. Donations entre vifs. Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur. Clauses prohibées. Etat estimatif des donations mobilières. Art. 943 à 948 CC » in *JurisClasseur Civil Code*, Parijs, 2011, nr. 112.; M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 851, nr. 314.62 (*a contrario*) ; J. FLOUR en H. SOULEAU, *Droit Civil. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 1982, 41-42, nr. 63-64; Cass. Fr. 14 mei 1900, *D.* 1900, I, 358 ; Cass. Fr. 25 november 1986, www.legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/1ere/1986/11/25/84-12796/.

²⁷⁷ J. FLOUR en H. SOULEAU, *Droit Civil. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 1982, 41-42, nr. 64.

²⁷⁸ T. HUC, *Commentaire théorique et pratique de droit civil. Tome VI*, Parijs, Librairie Cotillon, 1894, 284-291. Geconsulteerd via <https://archive.org/stream/commentairetho06huct#page/2/mode/2up>.

²⁷⁹ T. HUC, *Commentaire théorique et pratique de droit civil. Tome VI*, Parijs, Librairie Cotillon, 1894, 286, nr. 221; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 405, nr. 538.

²⁸⁰ In België is dezelfde bepaling van kracht: art. 947 BW: ‘*De vier vorige artikelen zijn niet van toepassing op de schenkingen waarvan sprake in de hoofdstukken VIII en IX van deze titel.*’

²⁸¹ R. BARBAIX, “De schenking als successieplanningsinstrument. Civielrechtelijke grenzen aan de contractsvrijheid.” in *TEP* 2008, 195, nr. 193.

²⁸² R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 538 medio.

²⁸³ T. HUC, *Commentaire théorique et pratique de droit civil. Tome VI*, Parijs, Librairie Cotillon, 1894, 286, nr. 221.

²⁸⁴ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 538.

potestatieve voorwaarde niet geldig voor zover zij enkel afhangt van de voorwaarde ‘als ik wil’. Met de louter potestatieve voorwaarde gelijkgesteld zijn de schenkingen die weliswaar niet louter potestatief zijn in de strikte zin (*si voluero*) van het woord, maar waarvan de vervulling van de voorwaarde afhangt van een handeling die geen ingrijpende veranderingen teweegbrengt en die door de schenker alleen vervuld kan worden (zie type C).

In type D is dit laatste niet het geval. De vervulling van de voorwaarde type D kan niet alleen door de schenker vervuld worden. In deze hypothese is de voorwaarde niet in strijd met het wezen van de verbintenis.²⁸⁵

III. Het criterium van de willekeur toegepast op de voorwaarde type D

79. Wanneer we het criterium van de willekeur toepassen op de voorwaarde type D is het onderscheid tussen de opschortende en ontbindende voorwaarde cruciaal. Toegepast op het voorbeeld gegeven in de inleiding: de schenking onder de opschortende voorwaarde ‘dat ik een nieuwe baan vind’ moet om logische redenen anders beoordeeld worden dan de schenking onder de ontbindende voorwaarde ‘dat ik een nieuwe baan vind’. In het eerste geval kan de schenker op de schenking terug komen door nooit naar een nieuwe job te zoeken. Hier speelt het criterium van de willekeur een cruciale rol. Het is namelijk zeer onwaarschijnlijk dat de schenker niet naar een nieuwe baan zal zoeken om op die manier onder de schenking uit te komen. Bij de ontbindende voorwaarde is dergelijke toetsing aan het criterium van de willekeur niet nodig. De schenker kan immers niet alleen ervoor zorgen dat de ontbindende voorwaarde vervuld wordt.

²⁸⁵ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4.1 Verbintenissen in het Algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 129, nr. 167.

§5 Tussenconclusie

80. Een masterscriptie over de geldigheid van de gemengde voorwaarden bij schenkingen is niet volledig zonder de schenking onder louter en gewoon potestatieve voorwaarde te onderzoeken. Bovenstaande bespreking toont aan dat in België de potestatieve voorwaarde in het algemeen en de schenking onder potestatieve voorwaarde in het bijzonder zich in een problematische situatie bevindt. Een rechter die geconfronteerd wordt met een schenking onder potestatieve voorwaarde heeft geen houvast meer aan welke criteria hij de potestativiteit moet toetsen, laat staan dat het duidelijk is tot waar de ‘geldigheidsgrens’ van de potestativiteit loopt.

Daarnaast is het belangrijk om uit te maken of het criterium van de willekeur zoals in het Frans verbintenissenrecht is geïntroduceerd en ook wordt toegepast in het Nederlands recht, ook geen toepassing dient te vinden in het Belgisch schenkingsrecht. Sommige rechtspraak lijkt dit criterium alvast te gebruiken in het algemeen verbintenissenrecht, wat enkel kan woren toegejuicht.

HOOFDSTUK 3: DE TOELAATBAARHEID VAN DE VOORWAARDE AFHANKELIJK VAN DE WIL VAN DE SCHENKER EN DE WIL VAN EEN BEPAALDE DERDE (TYPE E)

AFDELING I: PROBLEMATIEK VAN DE GEMENGDE VOORWAARDE

1. Inleiding, definiëring en probleemstelling

81. Voorbeeld: “Ik schenk u mijn auto onder voorwaarde dat ik trouw met mijn huidige vriendin.”
82. Dit type schenking komt in België overeen met de schenking onder gemengde voorwaarde.²⁸⁶ In Frankrijk heet deze voorwaarde de *condition mixte*.²⁸⁷ Nederland kent zoals gezegd geen afzonderlijke benaming voor deze categorie van voorwaarden maar classificeert type E onder de niet-potestatieve voorwaarden.
83. Hoeveel onduidelijkheid er ook moge zijn omtrent de definiëring van de louter en gewoon potestatieve voorwaarde, dit is niet het geval voor de gemengde voorwaarde. De vervulling van de voorwaarde is afhankelijk van de wil van de schenker en de wil van een bepaalde derde.²⁸⁸ Hoewel art. 1171 BW/CC enkel spreekt van een derde, zonder precisering of deze bepaald of onbepaald moet zijn (“*Een gemengde voorwaarde is die welke afhangt tegelijk van de wil van een van de contracterende partijen en van de wil van een derde*”²⁸⁹), wordt van

²⁸⁶ J. BAEL, “Grenzen aan de familiale vermogensplanning. Het principe van de versterkte onherroepelijkheid herbekeken.” in A-L. VERBEKE, E. ALOFS, K. BYTTEBIER en A. MICHIELSENS (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 55; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 878, nr. 1417; M. PUELINCKX-COENE “Schenken onder potestatieve voorwaarde” in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 484, nr. 768; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.* art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 38; M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, “Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011”, *TPR* 2013, 416-417, nr. 309; S. STIJNS, “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer”, *Not. Fisc. M.* 2008, 98, nr. 31.

²⁸⁷ M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 857; Cass. Fr. 30 augustus 1880, D 1880, I, 464; Cass. Fr. 28 mei 1974, *JCP* 1975, nr. 17911, met noot H. THUILLIER, *D.* 1975, *jur* 144, met noot A. PONSARD.

²⁸⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire, I, Théorie Générale des droits et des lois. Les Personnes-La Famille*, Brussel, Bruylant, 1962, 230, nr. 155B; M. PUELINCKX-COENE, “Valkuilen van het schenkingsrecht” in J. BAEL, H. BRAECKMANS, B. PEETERS, M. PUELINCKX-COENE en A. WYLLEMAN (eds.), *Familiale Vermogensplanning, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 155; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 3.

²⁸⁹ Art. 1171 CC: “*La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers.*”

oudsher aangenomen dat in geval van een gemengde voorwaarde, de wil van een *bepaalde* derde nodig is.²⁹⁰ Het hierboven gegeven voorbeeld van trouwen met de huidige partner is het typevoorbeeld bij uitstek.²⁹¹

84. Er mag dan wel geen discussie zijn over de definitie van de gemengde voorwaarde, over de geldigheid ervan bestaat grote onduidelijkheid.²⁹² Van alle mogelijke modaliteiten bij schenkingen is de schenking onder gemengde voorwaarde waarschijnlijk de meest problematische.²⁹³ Er heerst grote onzekerheid of het verbod van art. 944 BW zich ook uitstrekt tot deze categorie.²⁹⁴ Het antwoord op deze vraag is, zoals reeds gezegd, van cruciaal praktisch belang. Wordt het verbod uitgebreid tot de gemengde voorwaarde, dan is een schenking gebeurd in weerwil van dit verbod namelijk nietig.²⁹⁵ Zo'n risico kan men onmogelijk nemen in het kader van de doelstelling van gemoedsrust in een (familiale) vermogensplanning.²⁹⁶
85. In Frankrijk aanvaardt het merendeel van de doctrine de schenking onder gemengde voorwaarde naar voorbeeld van het Franse Hof van Cassatie.²⁹⁷

²⁹⁰ M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 857 ; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 462, nr. 539; A. BERNARD (ed.), E. BRUNET, C. RESTEAU en J. SERVAIS, *RPDB*, tome IV, Donations et testaments, 117, 491; R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2013, 160, nr. 409; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 61 ; P. DELNOY, "Chronique de jurisprudence Les libéralités. Donations et testaments 1981-1987, *JT* 1989, 32, nr. 328 ; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44; M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 56, nr. 72; Cass. Fr. 30 augustus 1880, D 1880, I, 464; Cass. Fr. 28 mei 1974, *JCP* 1975, nr. 17911, met noot H. THUILLIER, *D.* 1975, *jur* 144, met noot A. PONSARD.

²⁹¹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Kluwer, 2008, 474, nr. 554.

²⁹² R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Kluwer, 2008, 407, nr. 540

²⁹³ M.A. MASSCHELEIN, "Schenking bij notariële akte", Gent, Larcier, 2007, 97, nr. 151; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Kluwer, 2008, 407, nr. 540; M. PUELINCKX-COENE "Schenken onder potestatieve voorwaarde" in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 484, nr. 768; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 61 ; P. DELNOY, "Chronique de jurisprudence Les libéralités. Donations et testaments 1981-1987, *JT* 1989, 32, nr. 328 ; R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44; R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2013, 160, nr. 409; M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 56, nr. 72.

²⁹⁴ M. PUELINCKX-COENE "Schenken onder potestatieve voorwaarde" in A-L VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 484, nr. 768.

²⁹⁵ M.A. MASSCHELEIN, "Schenking bij notariële akte", Gent, Larcier, 2007, 98, nr. 152.

²⁹⁶ A-L., VERBEKE, "Modaliteiten bij een schenking" in *Bank en Familie/Banque et Famille*, Brussel, Bruylant, 2006, 137-139.

²⁹⁷ M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 857 ; Cass. Fr. 30 augustus 1880, D 1880, I, 464; Cass. Fr. 28 mei 1974, *JCP* 1975, nr. 17911, met noot H. THUILLIER, *D.* 1975, *jur* 144, met noot A. PONSARD.

86. Het standpunt van het Belgische Hof van Cassatie is onduidelijk (zie §4).²⁹⁸

2. Stelling 1: Het verbod van art. 944 BW strekt zich uit tot de schenkingen onder gemengde voorwaarde.

2.1. Beslissende invloed van de schenker op het vervullen van de voorwaarde

87. Een deel van de traditionele voornamelijk Belgische rechtsleer meent dat de schenking onder gemengde voorwaarde, net zoals de louter en gewoon potestatieve voorwaarde, ongeldig is.²⁹⁹ Het belangrijkste argument voor deze uitbreiding van art. 944 BW tot de gemengde voorwaarde is namelijk dat de schenker bij een dergelijke voorwaarde immers kan beïnvloeden of de voorwaarde zich al dan niet voordoet.³⁰⁰ Het argument is hier dus niet dat de schenker de mogelijkheid zou hebben om van zijn engagement af te zien maar wel dat hij de mogelijkheid heeft om het vervullen van de voorwaarde (en dus het lot van de schenking) te beïnvloeden. DE PAGE verwoordt het als volgt: “*Il suffit en effet que le donateur puisse altérer la réalisation de la donation pour que la règle de l’irrévocabilité soit violée.*”³⁰¹ Voor DE PAGE is de dus minste beslissingsinvloed van de schenker al voldoende om tot de nietigheid te besluiten.³⁰² LAURENT redeneert op dezelfde manier als DE PAGE en steunt zich op POTHIER.³⁰³ Voor LAURENT is het onmogelijk dat de schenker zich het recht voorbehoudt om op enige wijze de schenking aan te passen of er van af te zien.³⁰⁴

²⁹⁸ R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2013, 160, nr. 409.

²⁹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, nr. 315, nr. 552, nr. 555; H. CASMAN en R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 566, nr. 852; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XII, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 494-495, nr. 409; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 648, nr. 1461; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 63 ; Fr. PARISIS, Noot onder Luik, 19 mei 1992 en 26 januari 1993, *TBBR*, 1994, 52, voetnoot 21 ; J. SACE, “Les libéralités – Dispositions générales” in *Rép. Not*, III, Successions, donations et testaments, VI, Brussel, Larcier, 1993, 256, nr. 242.

³⁰⁰ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 407, nr. 541; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 44.

³⁰¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 398, nr. 315.

³⁰² H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 398, nr. 315.

³⁰³ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1878, 495, nr. 409, 499, nr. 412. LAURENT verwijst ook *expressis verbis* naar FERRIÈRE: “*Un donateur est présumé donner et retenir quand, par quelque clause renfermée dans le contrat de donation, il peut directement ou indirectement révoquer et rendre inutile la donation qu’il aurait faite.*”

³⁰⁴ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1878, 499, nr. 412.

Deze auteurs menen dat er geen verschil bestaat tussen de schenking die gebeurt onder de voorwaarde ‘dat ik wil’ of de voorwaarde ‘dat ik trouw met mijn vriendin’.³⁰⁵ In beide gevallen behoudt de schenker de macht om in zekere mate te beslissen wat er gebeurt met de voorwaardelijke schenking.³⁰⁶ In het eerste geval is sprake van een (verboden) louter potestatieve voorwaarde.³⁰⁷ In het tweede geval is het geen louter potestatieve voorwaarde in de strikte zin van het woord maar een gemengde voorwaarde waardoor de schenker de schenking wel kan verhinderen (of beter: herroepen) door simpelweg nooit te trouwen.³⁰⁸ Dit houdt dus in dat hij zich de mogelijkheid voorbehoudt om af te zien van de schenking, wat in strijd is met de (versterkte) onherroepelijkheid van de schenking.³⁰⁹ Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de opschortende en ontbindende voorwaarde (zie verder onder II.2). Volgens DEKKERS zijn alle voorwaarden, zelfs de ontbindende, getroffen door door art. 944 BW voor zover de wil van de schenker een rol te vervullen heeft.³¹⁰

Het feit dat er naast de wil van de schenker nog iets anders vereist is, weze het een toevallige gebeurtenis of de wil van de derde, om de voorwaarde te (doen) vervullen is dus niet van belang als de schenker zelf kan beslissen of de voorwaarde zich al dan niet vervult.³¹¹

Ondanks het feit dat in het Franse recht de schenking onder gemengde voorwaarde reeds in de 19e eeuw door het Hof van Cassatie aanvaard wordt, is sommige (traditionele) Franse rechtsleer toch ook gekant tegen de schenking onder gemengde voorwaarde.³¹² De argumentatie is gelijk aan deze van de Belgische auteurs die de gemengde voorwaarde niet aanvaardden: de wil van de schenker blijft primordiaal voor het al dan niet vervullen van voorwaarde en van zodra dit het geval is, wordt de onherroepelijkheid geschonden.³¹³

88. Volgens DELNOY lijkt de tekst van de wet zich niet te verzetten tegen de gemengde voorwaarde aangezien bij een gemengde voorwaarde niet de *enkele* wil van de schenker

³⁰⁵ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 407, nr. 541.

³⁰⁶ Cass. 27 maart 1833, *Pas.* 1833, I, 68, met conclusie adv.-gen. PLAISANT.

³⁰⁷ E. DE WILDE D’ESTMAEL, B. DELAHAYE en G. HOLLANDERS DE OUDERAEN, “Les Donations/ De schenkingen”, *Rép.Not* 3 2009, 56, nr. 13; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 44.

³⁰⁸ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 44.

³⁰⁹ E. DE WILDE D’ESTMAEL, B. DELAHAYE en G. HOLLANDERS DE OUDERAEN, “Les Donations/ De schenkingen”, *Rép.Not* 3 2009, 56, nr. 13; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 407, nr. 541.

³¹⁰ H. CASMAN en R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 852.

³¹¹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 44.

³¹² G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, nr. 1461.

³¹³ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 648, nr. 1461.

vereist is maar ook de wil van een derde.³¹⁴ Hij meent dat de gemengde voorwaarde echter wel ingaat tegen de geest van de wet.³¹⁵ De wil van de schenker is immers niet voldoende om de voorwaarde te vervullen maar wel noodzakelijk.³¹⁶ Bijgevolg hangt de vervulling van de voorwaarde af van de wil van de schenker.³¹⁷

2.2. Schenking onder gemengde opschortende of ontbindende voorwaarde?

89. Het is voor deze strekking van auteurs vanuit een louter theoretisch oogpunt van geen belang of de schenking onder ontbindende dan wel onder opschortende voorwaarde gebeurt. DE PAGE wijst wel op dit onderscheid maar oordeelt desalniettemin dat de schenking onder gemengde voorwaarde nietig is.³¹⁸ Het loutere feit dat de schenker kan voorkomen dat de schenking zich veruitwendigt (opshortende voorwaarde) of er voor kan zorgen dat de schenking ongedaan gemaakt wordt (ontbindende voorwaarde) volstaat om om deze als nietig te beschouwen. Dit lijkt echter vanuit een praktisch oogpunt nogal kort door de bocht.
90. Wordt de schenking onder opschortende voorwaarde gedaan dan valt in zekere mate begrip op te brengen voor het standpunt dat de gemengde voorwaarde in dit geval nietig is. De schenking krijgt immers pas volle uitwerking indien de voorwaarde zich voordoet en voor de vervulling van de voorwaarde is de wil van de schenker uiteraard essentieel. Het feit dat de schenker deze verwezenlijking kan verhinderen maakt dat deze voorwaarde minstens flirt met de geldigheidsgrenzen van de onherroepelijkheid. Hoewel voor dit standpunt begrip kan opgebracht worden is volgens mij deze voorwaarde niet steevast ongeldig in het licht van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 januari 1984 (zie §4).
91. Is de schenking echter gebeurd onder een ontbindende gemengde voorwaarde kan m.i. zeker niet volgehouden worden dat deze als nietig beschouwd worden. In deze hypothese komt de schenking immers meteen tot stand en wordt het goed vaak al onmiddellijk overgedragen waardoor het verdwijnt uit het vermogen van de schenker. Dit houdt dus in dat er een directe impact is op het vermogen van de schenker wat per definitie niet het geval is bij de opschortende gemengde voorwaarde. De ontbindende voorwaarde dat de schenker trouwt met zijn vriendin kan niet door de schenker eenzijdig vervuld worden. De wil van de bepaalde

³¹⁴ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 63.

³¹⁵ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 63

³¹⁶ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 63

³¹⁷ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 63.

³¹⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 399-400, nr. 315 en nr. 555.

derde, *in casu* de vriendin, is hiervoor vereist. Indien de schenker uiteindelijk toch wenst niet verbonden te zijn en het goed voor zich te houden, kan hij enkel maar hopen dat de ontbindende voorwaarde vervuld wordt, maar dat ligt dan buiten zijn beslissingsmacht.

92. De schenking onder opschortende gemengde voorwaarde heeft dus andere finaliteit dan de schenking onder de ontbindende gemengde voorwaarde en daarom moet de schenking onder opschortende voorwaarde anders, minstens strenger, behandeld worden. In het geval van een schenking onder opschortende gemengde voorwaarde is de macht van de schenker dermate groot dat de graad van potestativiteit veel groter is. De schenker heeft namelijk de macht om eenzijdig over het lot van de schenking te beslissen, maar *donner et retenir ne vaut*. In het geval van een ontbindende gemengde voorwaarde liggen de kaarten anders. Deze schenking heeft een onmiddellijke impact op het vermogen van de schenker en hij kan niet eenzijdig beslissen om van zijn engagement af te zien. Daarom is het te ongenueanceerd om ook deze variant zomaar als nietig te beschouwen.

3. Stelling 2: De bepaling van art. 944 BW strekt zich niet uit tot de gemengde voorwaarde.

93. Een belangrijk deel van de meer recente Belgische rechtsleer is, in navolging van de Franse rechtsleer en rechtspraak, overtuigd van de geldigheid van de schenking onder gemengde voorwaarde.³¹⁹ Sommige auteurs baseren zich op de letterlijke bewoordingen van art. 944 BW

³¹⁹ Voor België: A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht, III, De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1947, 226, nr. 158; W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 617, nr. 1158; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 29, nr. 44; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 409, nr. 543; F. BUYSENS, "Schenkingen aan minderjarige kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming", *Echtscheidingsjournaal* 1995, 98-99; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, 5, nr. 10; M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, "Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011", *TPR* 2013, 416-417, nr. 309; L. RAUCENT, *Les libéralités*, Brussel, Bruylant, 1991, 135, nr. 175; J. BAEL, "Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?", *T. Not.* 2012, 400, nr. 33.

Voor Frankrijk: D. GUÉVEL, *Les Succession. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 2004, 281-282, nr. 408; J. FLOUR en H. SOULEAU, *Droit Civil. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 1982, 42, nr. 65; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit Civil. Les successions et les libéralités*, Parijs, Sirey, 1983, 394, nr. 504; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les successions. Les libéralités*, Parijs, Dalloz, 1997, 353-354, nr. 433; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité theorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 646, nr. 1456; L. LEVENEUR en S. LEVENEUR. "Successions – Libéralités" in F. CHABAS, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Parijs, Montchrestien, 1999, 680, nr. 1500.

(‘...afhankelijk van de *enkele* wil van de schenker’)³²⁰, anderen menen een grondslag te vinden in het arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 26 januari 1984 (zie verder §4).³²¹

3.1. De gemengde voorwaarde is niet afhankelijk van de *enkele wil* van de schenker

94. Het deel van de (recente) rechtsleer dat de gemengde voorwaarde aanvaardt meent de geldigheid van de schenking onder gemengde voorwaarde te kunnen staven op grond van een letterlijke lezing van art. 944 BW. Zij achten de gemengde voorwaarde wel geldig omdat deze voorwaarde immers per definitie niet afhankelijk is van de *enkele wil* van de schenker maar ook van de *wil* van een derde.³²² Sommigen binnen deze strekking in de rechtsleer aanvaarden de gemengde voorwaarde zonder voorbehoud te maken of het een opschortende of ontbindende voorwaarde betreft.³²³ De meesten maken echter wel het onderscheid tussen de opschortende en ontbindende voorwaarde.³²⁴ Hierbij achten zij zeker de ontbindende gemengde voorwaarde geldig: de schenker kan immers niet door zijn enkele wil van zijn engagement afzien. De opschortende voorwaarde wordt met grotere argwaan bekeken aangezien de schenker hier wel er zelf voor kan zorgen dat de schenking zich niet voordoet.

3.2. Het Franse recht als voorbeeld?

95. In het Franse recht is er veel minder discussie over de geldigheid van de gemengde voorwaarde. Dit komt hoofdzakelijk doordat, in tegenstelling tot het Belgische Hof, het Franse Hof van Cassatie steevast de gemengde voorwaarde heeft aanvaard. Ook in de rechtsleer is er, behoudens enkele uitzonderingen, weinig onenigheid.

3.2.1 Het Franse Hof van Cassatie: duidelijkheid en rechtszekerheid

96. Het Franse Hof van Cassatie kreeg al in 1880 de vraag voorgeschied of een schenking aan de toekomstige echtgenoot zijn kinderen onder de opschortende voorwaarde dat het huwelijk zou doorgaan.³²⁵ Deze schenking werd nietig geacht door het Hof van Beroep als zijnde

³²⁰ Eigen cursivering.

³²¹ Cass. 26 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 578, noot, *Arr. Cass.* 1983-84, 620, *Bull.* 1984, 578 en *RW* 1984-85, 2325.

³²² R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 409, nr. 543

³²³ W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 1158; M.A. MASSCHELEIN, “*Schenking bij notariële akte*”, Gent, Larcier, 2007, 98, nr. 152.

³²⁴ J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 13-21; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 5.

³²⁵ Cass. Fr. 30 augustus 1880, *D.* 1880, I, 464; Het Franse Hof van Cassatie beoordeelde zelfs in 1878 al eens dat de schenking gedaan onder voorwaarde dat het goed wordt onteigend een geldige gemengd potestatieve

verboden potestatief. Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat het hier een gemengde voorwaarde betrof en achtte de schenking geldig omdat ‘*l’art. 944 visent sans aucun doute la condition potestative et excluent non moins certainement la condition casuelle; mais qu’elles excluent également la condition mixte.*’ Het Hof steunt zich op een letterlijke lezing van art. 944 CC en meent dat een gemengde voorwaarde nooit kan vallen onder het verbod van art. 944 CC omdat dit artikel alleen de schenking onder de voorwaarde afhankelijk van de *enkele* wil van de schenker sanctioneert. Het Hof geeft toe dat in deze casus de schenker in zekere mate de vervulling van de voorwaarde kan beïnvloeden, maar dat dit niet indruist tegen de wet aangezien de schenker niet met zijn enkele wil kan beslissen.³²⁶

97. Deze cassatierechtspraak heeft zich later doorgezet en het Hof van Cassatie is niet van haar oordeel dat de gemengde voorwaarde geldig is, afgeweken. Zo was er in 1974 een arrest waar het Hof moest oordelen over een schenking door de meerderheidsaandeelhouder van een bedrijf aan de universiteit van Rijsel van de inkomsten uit zijn aandelen die hij de komende vijf jaar zou ontvangen.³²⁷ Bij het openvallen van de nalatenschap werd door een van zijn tien kinderen opgeworpen dat de versterkte onherroepelijkheid geschonden was bij de schenking aan de universiteit. De zoon wierp op dat zijn vader meerderheidsaandeelhouder was van het bedrijf en dus zelf kon beslissen wat er met het bedrijf gebeurde. Hij kon bijvoorbeeld beslissen om het bedrijf te ontbinden waarna logischerwijs geen inkomsten meer uit de aandelen zouden komen. Hij kon ook altijd zijn aandelen verkopen waardoor de schenking ook geen uitwerking meer zou krijgen. Er waren bijgevolg verschillende manieren waarop hij eenzijdig, zijnde door zijn *enkele* wil, de schenking kon ‘herroepen’.
98. Het Hof ging echter niet akkoord met deze potestativiteit in hoofde van de schenker en oordeelde dat het hier een geldige schenking betrof. Zij was immers van oordeel dat voor de ontbinding van de vennootschap nog andere, niet voorziene, omstandigheden zoals bijvoorbeeld financiële problemen nodig waren om tot de ontbinding van het bedrijf over te gaan. Voor wat betreft het risico dat de schenker zijn aandelen zou verkopen onderstreept het Hof dat in de schenkingsakte letterlijk was opgenomen dat de verkoop van de aandelen de

voorwaarde was. Het betrof hier waarschijnlijk een toevallige voorwaarde maar het Hof besliste dat dit een geldige gemengd potestatieve voorwaarde was. Cass. Fr. 19 februari 1878, S. 1878, I, 213; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 407, nr. 542.

³²⁶ Cass. Fr. 30 augustus 1880, D. 1880, I, 464;

³²⁷ Cass. Fr. 28 mei 1974, JCP 1975, nr. 17911 met noot H. THULLIER, D. 1975, jur 144, met noot A. PONSARD.

schenking niet zou beïnvloeden.³²⁸ Het Hof benadrukt ook dat het niet belangrijk is of de schenker meerderheidsaandeelhouder blijft aangezien de winstuitkering het voorwerp is van de schenking. En die uitkering van winst ligt niet in de macht van de aandeelhouder, maar is afhankelijk van de economische omstandigheden. Dit maakt de aangevochten voorwaarde niet potestatief aangezien geen risico bestaat dat de schenker willekeur zal beslissen.³²⁹ De zoon van de schenker had echter niet opgeworpen dat de schenker kon beslissen om geen dividenden uit te keren maar alles op te potten in de reserves. Dit was echter een uitstekend argument geweest om het Hof van Cassatie te overtuigen van de potestativiteit van de voorwaarde. Nu kon (of beter: mocht) het Hof van Cassatie niet ingaan op de kwestie maar indien zij dit wel had gedaan is het niet zeker of zij wel tot dezelfde beslissing was gekomen.³³⁰

99. Hoe dan ook heeft het Hof van Cassatie in dit arrest *expressis verbis* gezegd dat de schenking onder gemengde voorwaarde geldig is.

4. Het Belgische Hof van Cassatie komt niet ter hulp, integendeel.

100. Een van de redenen waarom er in België zoveel onduidelijkheid heerst over de al dan niet toelaatbaarheid van de gemengde voorwaarden is omdat het Hof van Cassatie zich nog maar zelden heeft uitgesproken over de problematiek rond de gemengde voorwaarden.³³¹ In een arrest van 26 januari 1984 had het Hof dan toch de kans zich uit te spreken over deze materie. Wie hoopte dat het Hof van Cassatie een einde zou maken aan de oeverloze discussies kwam bedrogen uit.³³² Het Hof liet na om duidelijkheid te scheppen.³³³

³²⁸ De schenkingsakte bevatte onder andere de bepaling dat het ging om “*revenu net distribué et réparti entres les associés, après tous amortissements et provisions tels qu'ils résultent du compte de profits et pertes de fin d'année..., à l'exclusion de tous droits sur le capital et ses accroissement, ainsi que sur toutes plusvalues our réserves distribuées ou non ou incorporées au capital sous une forme quelconque...Le donateur conservait, à l'égard des tiers, la libre disposition des parts, mais à la condition expresse, en cas de cession, de respecter la présente donation.*”

³²⁹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia 2008, 465, 542 *in medio*.

³³⁰ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 465, 542.

³³¹ M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf. Art. 944 BW*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10

³³² Cass. 26 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 578, noot, *Arr. Cass.* 1983-84, 620, *Bull.* 1984, 578 en *RW* 1984-85, 2325.

³³³ R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2013, 160, nr. 409.

4.1. Het arrest van het Hof van Cassatie van 26 januari 1984

4.1.1. De feiten

101. Een dokter wenst aan zijn dienstbode een onrechtstreekse schenking bij wijze van kwijtschelding van schuld te doen onder opschortende voorwaarde dat de begiftigde de diensten bij de schenker zou verder zetten en een maandelijks staat van zijn ontvangsten en uitgaven zou overleggen. De erfgenamen van de schenker trachten de schenking nietig te laten verklaren omwille van het louter potestatief karakter.

4.1.2. Beoordeling door Hof van Cassatie

102. Het Hof van Cassatie beoordeelt dergelijke clausule “niet als potestatief in de zin van art. 944 BW.”
103. Het Hof erkent weliswaar dat de schenker ten allen tijde de mogelijkheid had om de arbeidsovereenkomst te verbreken en bijgevolg de schenking kon herroepen maar zij interpreteert dit niet als zijnde potestatief in de zin van art. 944 BW. Het Hof argumenteert als volgt:” Overwegende dat uit het antwoord op het eerste onderdeel volgt dat de schenking niet was gedaan onder een louter potestatieve voorwaarde, *doch* onder een voorwaarde waarvan de schenker de verwezenlijking niet door zijn enkele wil kon beletten.”³³⁴

4.1.3. Analyse van het arrest

104. Het is niet duidelijk wat het Hof van Cassatie met dit arrest precies wil zeggen.³³⁵ Er zijn in de rechtsleer dan ook verschillende meningen te vinden, zowel voor wat betreft de kwalificatie van de betwiste voorwaarde als voor de mogelijke gevolgen van dit arrest.³³⁶

4.1.3.1. Kwalificatie van de voorwaarde

105. Er bestaan om te beginnen al grote moeilijkheden om te bepalen met welk soort voorwaarde het Hof hier eigenlijk geconfronteerd wordt.³³⁷ Van oudsher wordt dit type voorwaarde als hét

³³⁴ Eigen cursivering.

³³⁵ A-L. VERBEKE en R. BARBAIX, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die Keure, 2012, 164, nr. 406; H. CASMAN, noot onder arrest, *Not.Fisc.M.* 2009, afl. 1-2, 54-56.

³³⁶ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 544; J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 13-21.

³³⁷ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.* art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44.

voorbeeld van een gewoon potestatieve voorwaarde beschouwd.³³⁸ Zo was er een arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 1942 waarin aan een dienstbode een legaat werd gedaan op voorwaarde dat hij tot de dood van de testator bij hem in dienst zou blijven.³³⁹ Vlak voor de dood van de testator werd de dienstbode ontslaan en kwam hij niet meer in aanmerking om een legaat te ontvangen. Dit werd door hem betwist. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het legaat verviel wegens het ontslag van de dienstbode. Op basis van dit arrest zijn een aantal auteurs overtuigd dat een dergelijke voorwaarde, in het kader van een schenking, als een gewoon potestatieve voorwaarde beschouwd moet worden.³⁴⁰ Dit lijkt mij geen juiste conclusie. Als dit legaat aan de dienstbode al een gewoon potestatieve voorwaarde is, *quod non*, kan dat zeker niet uit dit arrest afgeleid worden. Legaten zijn immers tijdens het leven van de testator per definitie herroepelijk op een louter potestatieve basis.³⁴¹ Dit is het wezenlijke verschil tussen een legaat en een schenking.³⁴²

106. De vervulling van de voorwaarde hangt zeker deels af van de wil van de schenker aangezien hij op elk ogenblik de dienstbode kan ontslaan waardoor de voorwaarde nooit vervuld kan worden.³⁴³ Maar of het tot een eventueel ontslag zou komen hangt af van onzekere omstandigheden.³⁴⁴ Vandaar dat sommige auteurs hier een gewoon potestatieve voorwaarde in zien.³⁴⁵ Het zou echter problematisch zijn moest het Hof van Cassatie de reeds lang gevestigde interpretatie verlaten dat de gewoon potestatieve voorwaarde bij een schenking nietig is.³⁴⁶ Dit zou echter een kringredenering impliceren: het is geen gewoon potestatieve voorwaarde *omdat* het geen potestatieve voorwaarde is. Dergelijke redenering kan uiteraard niet volgehouden worden.

Toch is volgens mij is hier geen sprake van een gewoon potestatieve voorwaarde. De volgens mij meest correcte definitie van een gewoon potestatieve voorwaarde is: een voorwaarde waarvan de vervulling niet alleen afhankelijk is van de wil van de schenker maar ook van een toekomstige en onzekere gebeurtenis die niet willekeurig door hem voltrokken kan worden, buiten zijn wil valt of ook afhankelijk is van de wil van een onbepaalde derde. Van wat hangt

³³⁸ Cass. Fr. 20 juni 1932, S. 1932, 335; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf. Art. 944 BW*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10; J. FLOUR en H. SOULEAU, *Droit Civil. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 1982, 41-42, nr. 65.

³³⁹ Cass. 28 mei 1942, *Pas.* 1942, I, 136, *Rec. gén. enr. not.* 1943, 269, *Rev. prat. not. b.* 1943, 312.

³⁴⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 399-400, nr. 316; J. SACE, "Les libéralités – Dispositions générales" in *Rép. Not.*, III, Successions, donations et testaments, VI, Brussel, Larcier, 1993, 256, nr. 242.

³⁴¹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2012, 162.

³⁴² R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2012, 162.

³⁴³ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44.

³⁴⁴ M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht van rechtspraak. Giften (1985-1992)", *TPR* 1994, 1680.

³⁴⁵ L. RAUCENT, "Examen de jurisprudence. Les successions et les libéralités", *RCJB* 1985, nr. 24.

³⁴⁶ M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht van rechtspraak. Giften (1985-1992)", *TPR* 1994, 1680;

de vervulling van de voorwaarde in het voorliggend arrest af? De voorwaarde is vervuld wanneer de dienstbode op het moment van overlijden van de schenker nog in dienst is bij die schenker. Dit houdt in dat 1) de schenker de overeenkomst niet mag beëindigd hebben en 2) dat de begiftigde zelf niet opgestapt mag zijn. Als we deze twee vereisten toepassen op de reeds lang gevestigde definitie van een gemengde voorwaarde, betekent dit dat hier aan de ene kant de wil van de schenker vereist is (hij mag de dienstbode immers niet ontslaan hebben) maar aan de andere kant ook de wil van een *bepaalde* derde, *in casu* de dienstbode, die zelf niet mag opstappen. Het is daarom volgens mij zo dat er hier sprake is van een gemengde voorwaarde en niet van een gewoon potestatieve voorwaarde. De derde is hier immers bepaald.

107. In de rechtsleer zijn nog andere interpretaties te vinden. Een mogelijke andere visie is deze van DELNOY. Hij interpreteert deze voorwaarde en meer bepaald de verplichting om een staat van uitgaven en kosten bij te houden, als een *last* waarvan de uitvoering uitsluitend afhangt van de wil van de dienstbode.³⁴⁷ Deze schenking behoort volgens hem dus niet tot de problematiek van de potestatieve voorwaarden aangezien er zich in hoofde van de schenker geen potestativiteit bevindt.³⁴⁸ Het lijkt mij echter niet correct om enkel te focussen op het last-gedeelte van de voorwaarde. Het is weliswaar duidelijk wat de hoofdbedoeling was van de schenker: de dienstbode in dienst houden tot aan zijn dood en als de dienstbode zelf niet opstapt, wordt hij daarvoor beloond middels de schenking. Dat de dienstbode, *en cours de route*, een staat van uitgaven en inkomsten moet afleggen lijkt niet abnormaal en zeker niet de doorslaggevende beweegreden van de schenking. Dat de schenker niet de bedoeling had om de dienstbode te ontslaan lijkt mij inderdaad correct, maar het feit dat de schenker nog steeds enige beslissingsmacht heeft inzake het al dan niet vervullen van de voorwaarde brengt ontegensprekelijk een, hoe minimaal ook, vorm van potestativiteit mee in hoofde van de schenker.

Een andere interpretatie is dat het hier een toevallige voorwaarde betreft.³⁴⁹ Deze zienswijze steunt zich op het feit dat dat de schenker nooit de bedoeling had om de schenker te ontslaan.³⁵⁰ De voorwaarde is dan weliswaar potestatief in hoofde van de begiftigde, deze kon immers te allen tijde zijn ontslag indienen, maar potestativiteit aan de zijde van de begiftigde

³⁴⁷ P. DELNOY, "Chronique de jurisprudence Les libéralités. Donations et testaments 1981-1987, *JT* 1989, 32, nr. 328.

³⁴⁸ P. DELNOY, "Chronique de jurisprudence Les libéralités. Donations et testaments 1981-1987, *JT* 1989, 32, nr. 328.

³⁴⁹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.* art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44.

³⁵⁰ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.* art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 29, nr. 44.

brengt geen nietigheid met zich mee.³⁵¹ In hoofde van de schenker bevindt zich dus enkel een toevallige voorwaarde aangezien hij enkel in onverwachte en uitzonderlijke omstandigheden tot een ontslag zou overgaan.³⁵² De geldigheid van de schenking onder toevallige voorwaarde staat buiten kijf.³⁵³ Ook deze kwalificatie lijkt mij niet volledig correct. Twee argumenten kunnen hier volgens mij aangevoerd worden. Ten eerste lijkt deze kwalificatie volgens mij niet te stroken met de wettelijke betekenis van de begrippen ‘potestativiteit’ en ‘toevalligheid’. Hierboven werd al duidelijk dat het begrip ‘potestatief’ grote moeilijkheden met zich meebrengt maar het staat echter wel wettelijk vast dat wanneer *één* van de partijen, in grote of kleine mate, invloed kan uitoefenen op het vervullen van de voorwaarde, er sprake is van potestativiteit.³⁵⁴ En wanneer er sprake is van potestativiteit bij een voorwaarde, is het onmogelijk om nog te spreken van een toevallige voorwaarde, aangezien deze niet meer louter en alleen afhangt van het toeval. Hier is dat volgens mij ontegensprekelijk het geval. Er zijn inderdaad, waarschijnlijk aan beide kanten, weinig voornemens zijn om een einde te maken aan de overeenkomst, toch hangt dit niet louter en alleen af van het toeval. Ten tweede: als dit een toevallige voorwaarde zou zijn, m.i. *quod non*, die erin bestaat dat de overeenkomst enkel een einde zou krijgen in uitzonderlijke omstandigheden (bijvoorbeeld: grove beledigingen, grove fouten van de dienstbode of zeer onloyaal gedrag,...) dan kan men deze voorwaarde eigenlijk vertalen als: ‘*de schenking gebeurt onder opschortende voorwaarde van het uitblijven van grove beledigingen, grove foute of onloyaal gedrag in hoofde van de dienstbode.*’ In dat geval is er geen sprake meer van een voorwaarde maar van een impliciet ontbindend beding. De overeenkomst neemt dan niet automatisch een einde als de dienstbode blijf geeft van onloyaal gedrag. De schenker behoudt een beoordelingsmarge om het geval van onloyaal gedrag in te schatten en in voorkomend geval, al dan niet een einde te maken aan de overeenkomst.

³⁵¹ Cass. Fr. 14 november 1883, *D.* 1884, I, 73; Cass. Fr. 26 juni 1905, *D.* 1906, I, 425; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44

³⁵² R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44.

³⁵³ M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 951 BW, Mechelen, Kluwer, 2003, de onherroepelijkheid van een schenking; B. CLAESSENS en N. PEETERS, “Verbintenissen onder voorwaarde” in X., *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, nr. 2505; N. PETERKA, “Fasc. 30. Donations et testaments. – Donations entre vifs – Don Manuel”, *JurisClasseurCivil art. 931*, 2013, nr. 107; E. SPRUYT, “De schenking: Het paradepaardje van de successieplanning”, *AFT* 2008, 97, nr. 210.

³⁵⁴ Art. 1170 BW: “Een potestatieve voorwaarde is die welke de uitvoering van de overeenkomst doet afhangen van een gebeurtenis die de ene of de andere van de contracterende partijen vermag te doen plaatshebben of te verhinderen.”

Om deze redenen kan het volgens mij dus niet volgehouden worden dat hier sprake is van een toevallige voorwaarde.³⁵⁵

4.1.3.2. Mogelijke interpretaties voortvloeiend uit het arrest van het Hof van Cassatie van 26 januari 1984

108. De rechtsleer is dus zeer verdeeld op vlak van de kwalificatie van de voorwaarde. Deze onduidelijkheid veruitwendigt zich bijgevolg ook in de mogelijke gevolgen die de auteurs geven aan dit arrest.³⁵⁶ Welke conclusies kunnen of mogen uit dit arrest getrokken worden?
109. Een eerste mogelijke interpretatie is dat de louter potestatieve voorwaarde nietig is maar dat gewoon en gemengde voorwaarde wel geldig geacht worden.³⁵⁷ Volgens deze visie valt dit af te leiden uit de argumentatie die het Hof geeft. De schenking is volgens het Hof niet gebeurd onder louter potestatieve voorwaarde doch onder een voorwaarde waarvan de schenker de verwezenlijking niet door zijn enkele wil kan beletten. Het Hof zegt hier dus dat een voorwaarde ofwel louter potestatief is ofwel afhangt van een vervulling die de schenker niet kan verhinderen met zijn enkele wil.³⁵⁸ Dit houdt dus ook in dat enkel een schenking gedaan onder een voorwaarde waarvan de vervulling afhangt van de *enkele* wil van de schenker als een louter potestatieve voorwaarde beschouwd moet worden.³⁵⁹ Volgens BAEL volgt hier *a contrario* uit dat de gewoon en gemengde voorwaarde wel geldig zijn daar zij allebei per definitie niet afhankelijk zijn van de *enkele* wil van de schenker.³⁶⁰
110. Dit wordt tegengesproken door COENE die van mening is dat het Hof met dit arrest enkel de schenking onder gemengde maar niet de gewoon of louter potestatieve voorwaarde toelaat.³⁶¹ Zij oppert dat het Hof een restrictieve interpretatie geeft aan art. 944 BW, namelijk dat de

³⁵⁵ Contra: R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.* art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 544.

³⁵⁶ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 544; J. BAEL, "Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?", *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 13-21.

³⁵⁷ J. BAEL, "Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?", *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 16.

³⁵⁸ J. BAEL, "Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?", *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 16.

³⁵⁹ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke Verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 55-56, nr. 72; J. BAEL, "Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?", *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 16.

³⁶⁰ J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 1511.

³⁶¹ M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10.

vervulling van de voorwaarde afhankelijk is van de *enkele wil* van de schenker.³⁶² En gezien een schenking onder gemengde voorwaarde *ook* afhangt van de *wil* van een *derde*, moet deze wel geldig zijn.³⁶³

111. Zoals hierboven al gezegd interpreteert sommige rechtsleer de schenking gedaan aan een dienstbode onder de voorwaarde dat de dienstbode tot aan het overlijden van de schenker in dienst zou blijven, m.i. onterecht, als een gewoon potestatieve schenking.³⁶⁴ Aangezien het Hof van Cassatie deze schenking blijkbaar aanvaardt is het volgens deze visie zo dat het Hof met dit arrest de schenking onder gewoon potestatieve voorwaarde maar ook de gemengde voorwaarde, want *qui peut le plus peut le moins*, toelaat en enkel de louter potestatieve voorwaarde verbiedt.³⁶⁵ Dit is echter een te verregaande conclusie.³⁶⁶ Zoals hierboven al aangetoond is hier geen sprake van een gewoon potestatieve voorwaarde, laat staan dat het Hof hiermee beslist zou hebben dat de gewoon potestatieve voorwaarde bij een schenking aanvaard wordt.³⁶⁷ DE PAGE gaf overigens als voorbeeld van een nietige potestatieve voorwaarde namelijk net deze situatie:” *La donation faite à un serviteur à la condition qu’il survive et soit encore au service du donateur au décès de celui-ci est, dans l’ensemble, une donation à cause de mort. En tout cas, le seconde condition prévue est potestative.*”³⁶⁸

4.1.3.3. Introductie van het criterium ‘willekeur’ bij schenkingen

112. Kunnen we uit dit arrest dan wel afleiden dat het Hof de schenking onder gemengde voorwaarde in alle gevallen aanvaardt? Sommige auteurs menen dat deze vraag bevestigend dient beantwoord te worden.³⁶⁹

Het lijkt mij een te verregaande conclusie om uit dit arrest af te leiden dat de gemengde voorwaarde bij schenkingen nu stevast mogelijk is. Ten eerste benoemt het Hof de litigieuze voorwaarde niet *expressis verbis* als een gemengde voorwaarde maar enkel als een niet-louter potestatieve voorwaarde. En dat deze niet geldig is, daar hadden we het Hof van Cassatie niet

³⁶² M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10.

³⁶³ M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10.

³⁶⁴ Cass. Fr. 20 juni 1932, *S.* 1932, 335; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10.

³⁶⁵ J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, afl. 7-8, nr. 16.

³⁶⁶ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke Verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 55-56, nr. 72.

³⁶⁷ M. PUELINCKX-COENE, M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10.

³⁶⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, 399-400, nr. 316.

³⁶⁹ M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 10; M. PUELINCKX-COENE, “Overzicht van rechtspraak. Giften (1985-1992)”, *TPR* 1994, 1680; K.

voor nodig.³⁷⁰ Hier is mijn inziens weliswaar sprake van een gemengde voorwaarde (zie hoger) maar aangezien het Hof dit niet letterlijk zo benoemt is toch enige voorzichtigheid geboden. Ten tweede moet men kijken naar de verklaring die het Hof geeft. Als het Hof de gemengde voorwaarde steevast zou aanvaarden had ze geargumenteed moeten hebben dat de schenking geldig is omdat ‘de vervulling van de voorwaarde afhankelijk is van de wil van de schenker en de wil van een bepaalde derde’. Dit is hier niet geval. Het Hof achtte deze schenking geldig omdat hij gedaan was onder een voorwaarde ‘waarvan de schenker de verwezenlijking niet kon verhinderen door zijn enkele wil’. Het is duidelijk wat het Hof met deze zinsnede bedoelt: de schenker had niet de bedoeling om de dienstbode te ontslaan.³⁷¹ Niettemin gebruikt het Hof hier wel een vreemde formulering. Als het Hof spreekt van een voorwaarde ‘waarvan de schenker de verwezenlijking niet kon verhinderen door zijn enkele wil’, bedoelt zij dan eigenlijk niet de voorwaarde waarvan de schenker de verwezenlijking niet *wou* verhinderen door zijn enkele wil? De schenker *kon* ontegensprekelijk wel nog steeds de verwezenlijking van de voorwaarde verhinderen door de begiftigde te ontslaan, alleen *wou* hij dit niet.

Wat het Hof hier eigenlijk doet is het doorslaggevende criterium bepalen waaraan de schenking onder voorwaarde getoetst moet worden: de bedoeling van de schenker.³⁷² Dit heeft verregaande gevolgen voor de geldigheid van de schenking onder voorwaarde. Want wat bedoelt het Hof met het feit dat gekeken moet worden naar de bedoeling van de schenker? Volgens mij bedoelt zij hiermee dat hoewel de schenker te allen tijde ervoor kon zorgen dat de voorwaarde niet verwezenlijkt zou worden, hij redelijkerwijs hier niet lichtzinnig toe zou beslissen. De begiftigde moest niet beschermd worden tegen een mogelijk arbitrair ontslag enkel en alleen omdat de schenker in dat geval kon afzien van de schenking. Het Hof hanteert hier bijgevolg het in de Franse doctrine geïntroduceerde criterium van de willekeur. Dit criterium houdt in dat gekeken moet worden of het risico bestaat dat de schuldenaar op willekeurige wijze beslist om de voorwaarde niet te (doen) vervullen om van zijn juridische verplichting af te zien, gelet op de consequenties die dit zou meebrengen.³⁷³ Als dit risico niet bestaat, is er geen sprake van potestativiteit en is de voorwaarde geldig. Dit risico kan uitgesloten worden door specifieke omstandigheden. Als dit (Franse) criterium van de willekeur uit het verbintenissenrecht integraal toepasselijk is op het Belgische

³⁷⁰ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke Verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 56-57, voetnoot 174.

³⁷¹ R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 28, nr. 44.

³⁷² R. DILLEMANS, *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht. Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1977, nr. 138.

³⁷³ G. GOUBEAUX, “Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l’interet exclusif de l’une des parties”, *Rép. Defr.* 1979, 754, nr 2.

schenkingsrecht, zou dit een baanbrekende evolutie betekenen in de wijze waarop men de beginselen van potestaviteit en gemengde voorwaarde bij een schenking definiëert. Ook in andere gevallen met betrekking tot een schenking onder (vermeende) potestatieve voorwaarde werd het Franse criterium van de willekeur gehanteerd.³⁷⁴ Zo was er recent een zaak voor de Rechtbank van eerste aanleg te Gent waarbij dit criterium aan bod kwam.³⁷⁵

De feiten waren als volgt: een grootmoeder doet een schenking van gelden aan haar beide kleindochters onder opschortende voorwaarde dat de grootmoeder drie (aangeduide) onroerende goederen aankoopt. Uiteindelijk gaat de koop niet door omwille van een dispuut tussen de verkoper en de koper-schenkster. Hierdoor gaan ook de schenkingen niet door. De kleindochters verwijten de grootmoeder dat zij de koop van de onroerende goederen en bijgevolg de vervulling van de voorwaarde en de schenkingen heeft verhinderd.

De rechtbank oordeelt echter dat de kleindochters niet aantonen dat de grootmoeder haar positieve loyauteitsverplichting zou geschonden hebben. De rechtbank meent dat de grootmoeder alle inspanningen heeft geleverd die een normaal voorzichtig en vooruitziend persoon in die omstandigheden zou leveren. De schenkster kon *de facto* weliswaar alleen beslissen dat de schenkingen niet zouden doorgaan door de onroerende goederen niet aan te kopen, maar de willekeur van deze beslissing wordt uitgeschakeld door haar positieve loyauteitsverplichting.³⁷⁶

113. Het betreft hier net als in het hierboven besproken arrest van het Hof van Cassatie een schenking onder gemengde voorwaarde.³⁷⁷ De voorwaarde is immers afhankelijk van de wil van de schenker en de wil van een bepaalde derde (de verkoper).³⁷⁸

Wat kunnen we nu uit deze arresten afleiden? Betekent dit dat alle schenkingen onder gemengde voorwaarde toegelaten zijn? Dit lijkt mij een te verregaande conclusie. Ook voor het arrest van de Rechtbank van eerste aanleg in Gent geldt immers dat nergens *expressis verbis* wordt gesteld dat de gemengde voorwaarde bij schenkingen geldig is.

³⁷⁴ M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, "Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011", *TPR* 2013, 418, nr. 311.

³⁷⁵ Rb. Gent 15 februari 2011, *TBBR* 2012, 304, met noot P. DELNOY.

³⁷⁶ M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, "Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011", *TPR* 2013, 418-419, nr. 311

³⁷⁷ M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, "Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011", *TPR* 2013, 418, nr. 311.

³⁷⁸ M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, "Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011", *TPR* 2013, 418, nr. 311.

Veel belangrijker lijkt mij de verklaringen waarom deze schenkingen worden aanvaard. In beide schenkingen werd overduidelijk gebruik gemaakt van het criterium van mogelijke willekeur in hoofde van de schenker.

Bovendien bestaan volgens mij ook bezwaren tegen het feit dat schenkingen onder gemengde voorwaarde steevast geldig zouden zijn. Zo is bijvoorbeeld ook de schenking van een huis onder ontbindende voorwaarde 'dat mijn vrouw en ik dansles volgen' een schenking onder gemengde voorwaarde. Als men de schenking onder gemengde voorwaarde steevast zou aanvaarden dan is dergelijke (in de praktijk waarschijnlijk weinig voorkomende) voorwaarde in theorie wel geldig. Dat deze schenking geldig zou zijn in tegenstelling tot de schenking van een huis onder (gewoon) ontbindende voorwaarde 'dat ik trouw', druist in tegen elk rechtsgevoel.

114. Het feit dat de rechtspraak, zelfs het Hof van Cassatie, in het verbintenissenrecht maar ook in het schenkingsrecht het criterium van de willekeur hanteert toont aan dat volgens mij in de rechtspraak minstens de opening is gecreëerd om vanaf nu dit criterium te gebruiken om het bestaan van de potestativiteit van een voorwaarde te bepalen.

HOOFDSTUK 4: WETTELIJKE GRONDSLAG VOOR HET CRITERIUM VAN DE ‘WILLEKEUR’?

1. Schenking gedaan onder de ontbindende voorwaarde van de geboorte van een eerste kind.

115. Het oude artikel 960 BW bepaalde dat elke schenking door een, op het ogenblik van de schenking, kinderloze schenker onder een stilzwijgende ontbindende voorwaarde van de geboorte van een kind gebeurde.³⁷⁹ Op die manier werd een schenking automatisch herroepen in geval van geboorte van een (eerste) kind.³⁸⁰
116. Er bestaat enige discussie over de kwalificatie van deze voorwaarde. Sommigen beschouwen dit als een toevallige voorwaarde.³⁸¹ Als een kinderloze schenker een deel van zijn vermogen wil schenken aan derde zal hij dit doen net omdat hij verwacht dat zijn gezinssituatie niet meer zal veranderen.³⁸² Had de schenker geweten dat er nog een kind zou komen had hij waarschijnlijk niet, minstens niet onder dezelfde voorwaarden, de schenking gedaan.³⁸³ Fiscaal gezien is het voor een kinderloos koppel ook veel interessanter het vermogen reeds bij leven weg te schenken om de zeer hoge successierechten voor verdere afstammelingen te vermijden.³⁸⁴ Toevallig wordt volgens deze opvatting dan gelijkgeschakeld met niet gepland. Dit is echter juridisch niet correct want toevallig slaat niet op het feit of de vervulling gepland of gewenst was maar op het feit dat de al dan niet vervulling van de voorwaarde volledig afhankelijk is van het toeval en geenszins door de partijen kan worden beïnvloed.³⁸⁵

³⁷⁹ De artikelen 960-966 BW werden opgeheven door art. 77 van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*B.S.*, 27 mei 1987). Er stond echter door een vergetelheid van de wetgever nog een verwijzing naar art. 960 BW in art. 953 BW maar dit is aangepast door art. 32 van de wet van 10 december 2012 (*BS* 11 januari 2013). Lange tijd ging men ervanuit dat dit een vergetelheid was van de wetgever maar het Hof van Beroep in Gent besliste in 2005 om toch gevolgen te verlenen aan de bepaling van art. 953 BW (Gent 8 december 2005, *T. Not.* 2006, afl 7-8, 412). Het hof vond dat de wetgever al 20 jaar de tijd had gehad om de vergetelheid uit de weg te ruimen en aangezien zij dit niet had gedaan, moesten toch positiefrechtelijke gevolgen aan de bepalingen geven worden. Logischerwijze werd tegen dit arrest een cassatievoorziening ingesteld waarna het Hof van Cassatie het arrest van het Hof van Beroep verbrak (Cass. 7 mei 2007, *Not. Fisc. M.* 2009, 53, noot H. CASMAN).

³⁸⁰ J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, nr. 11; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 414, nr. 550.

³⁸¹ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 414, nr. 550; R. BARBAIX, *Comm. Erf. Art. 953 BW*, Mechelen, Kluwer, 2012, 18, nr. 11.

³⁸² R. BARBAIX, *Comm. Erf. Art. 953 BW*, Mechelen, Kluwer, 2012, 16, nr. 9.

³⁸³ R. BARBAIX, *Comm. Erf. Art. 953 BW*, Mechelen, Kluwer, 2012, 16, nr. 9.

³⁸⁴ A. VERBIST, “Planning en overdracht van vermogen” in *NJW* 2008, afl 184, 472, 42-44.

³⁸⁵ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 414, nr. 550.

Er is om een kind te verwekken zowel de wil van de schenker als de wil van een derde nodig.³⁸⁶ Sommigen menen daarom dat hier sprake is van een gemengde voorwaarde.³⁸⁷ Ook deze kwalificatie lijkt mij niet correct. Volgens mij moet deze voorwaarde als een gewoon potestatieve voorwaarde beschouwd worden.³⁸⁸ Als de schenker getrouwd is, dan wordt weliswaar geïmpliceerd dat het kind verwekt wordt met de partner, die dan eigenlijk de *bepaalde* derde is, maar deze derde wordt niet *ad nominatim* aangeduid. Bij een mogelijke echtscheiding blijft deze voorwaarde steevast gelden. Het verschil is duidelijk: de schenking onder (gemengde) voorwaarde ‘dat ik trouw met mijn vriendin X’ verschilt van de schenking onder (impliciet ontbindende gewoon potestatieve) voorwaarde ‘dat ik een (eerste) kind krijg’. In het eerste geval: als de relatie met mijn vriendin afspringt kan de voorwaarde, normaliter, niet meer vervuld worden. Dit is niet zo bij het tweede geval. Zelfs als de relatie met mijn partner zou afspringen, blijft de voorwaarde bestaan. Zij is evengoed van toepassing wanneer ik later een nieuwe relatie zou aangaan en met deze nieuwe partner een kind zou krijgen. De persoon van de derde is hier niet ‘bepaald’ en daarom is volgens mij geen sprake van een gemengde voorwaarde maar van een gewoon potestatieve voorwaarde.

Zoals hierboven al gezegd oordeelt de rechtsleer haast unaniem dat de gewoon potestatieve voorwaarde bij een schenking in alle gevallen als ongeldig beschouwd moet worden.³⁸⁹ Was hier enkel sprake van een wettelijke uitzondering op het verbod van gewoon potestatieve voorwaarden bij schenkingen of kan uit dit artikel meer afgeleid worden?

117. Volgens mij ging dit artikel verder dan enkel en alleen een wettelijke uitzondering op het verbod van gewoon potestatieve voorwaarden bij schenkingen.

Nemen we even een hypothese van voor de afschaffing van art. 960 BW: X en Y zijn een welstellend en jong maar kinderloos koppel. Zij doen een schenking van een appartement in volle eigendom aan het neefje van Y.

³⁸⁶ J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not.* 2012, nr. 11.

³⁸⁷ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 414, nr. 550

³⁸⁸ Contra: R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 414, nr. 550. Zij meent dat hier sprake is van een gemengde voorwaarde.

³⁸⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire Tome VIII/I*, nr. 315, nr. 552, nr. 555; H. CASMAN en R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 566, nr. 852; F. LAURENT, *Principes de droit civil, XII*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 494-495, nr. 409; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 648, nr. 1461; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil.*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2013, 63; Fr. PARISIS, Noot onder Luik, 19 mei 1992 en 26 januari 1993, *TBBR*, 1994, 52, voetnoot 21; J. SACE, “Les libéralités – Dispositions générales” in *Rép. Not.*, III, Successions, donations et testaments, VI, Brussel, Larcier, 1993, 256, nr. 242.

In dit geval behouden X en Y zich het recht voor om als koppel op de schenking terug te komen door samen een kind te krijgen. In die zin kan geargumenteed worden dat deze voorwaarde een schending van de versterkte onherroepelijk uitmaakt.

Toch is tot 1987 deze mogelijkheid in de wet voorzien. De reden waarom deze hypothese aanvaard werd is duidelijk: de beslissing voor het koppel om al dan niet een kind te krijgen is niet ingegeven door de mogelijkheid om op de schenking terug te komen. Het koppel houdt weliswaar de mogelijkheid voor om op de schenking terug te komen maar het krijgen van een kind is een dermate ingrijpende beslissing, individueel en als koppel, dat het mogelijk triggeren van de ontbindende voorwaarde van de schenking op dat moment geen rol speelt. Daarom heeft de wetgever deze principiële herroepingsmogelijkheid aanvaard.

118. Het idee achter dit artikel strookt met het in het Franse verbintenissenrecht geïntroduceerd criterium van de willekeur. Zoals reeds eerder al aangestipt houdt dit criterium in dat gekeken moet worden of het risico bestaat dat de schuldenaar-schenker op willekeurige wijze kan beslissen om de voorwaarde wel of niet te (doen) vervullen om van zijn juridische verplichting af te zien, gelet op de consequenties die dit zou meebrengen.³⁹⁰ De potestativiteit wordt uitgeschakeld als er bepaalde omringende omstandigheden zijn die de mogelijkheid tot een willekeurige beslissing uitsluiten. Het krijgen van een kind is een voorbeeld van een dergelijke omstandigheid. Het is ondenkbaar dat de schenker zijn beslissing om al dan niet kinderen te krijgen laat afhangen van de mogelijkheid om terug te komen op een schenking. Ondanks dat de haast voltallige rechtsleer van oudsher de gewoon potestatieve voorwaarde bij schenkingen verboden heeft, was door de wet deze gewoon potestatieve voorwaarde wel toegelaten. De enige mogelijke verklaring waarom de wetgever dit heeft toegelaten is omdat deze voorwaarde niet het risico loopt om willekeurig door de schenker te worden vervuld.
119. Hieruit blijkt dat niet alleen in de rechtspraak maar ook in het Burgerlijk Wetboek het criterium van de willekeur bij schenkingen onder voorwaarde gehanteerd wordt.
120. Het Franse recht kent deze herroepingsmogelijkheid wel nog steeds, zij het onder gewijzigde vorm.³⁹¹ De schenking wordt wel niet langer van rechtswege herroepen maar de

³⁹⁰ G. GOUBEAUX, "Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties", *Rép. Defr.* 1979, 754, nr 2.

³⁹¹ C. JUBAULT, *Droit Civil. Les successions. Les libéralités*. Parijs, Montchrestien, 2005, 489, 820; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 414, nr. 550.

herroepingsmogelijkheid kan wel gestipuleerd worden.³⁹² Het sinds 2006 gewijzigde art. 960 CC bepaalt dat een schenking herroepen kan worden als na de schenking een eerste kind wordt geboren en deze herroepingsmogelijkheid uitdrukkelijk door de schenker werd bedongen.³⁹³ De automatische herroeping heeft dus plaatsgemaakt voor een facultatieve herroeping.³⁹⁴ Zoals uit hierboven ook al blijkt, hoeft het niet te verwonderen dat Frankrijk deze voorwaarde nog steeds wettelijk verankert.³⁹⁵ In het Franse recht is immers het idee om het criterium van de willekeur toe te passen ontstaan.³⁹⁶

2. Is de schenking onder voorwaarde van herroeping wegens geboorte nog mogelijk?

121. De vraag blijft nu of de schenker naar huidig positief Belgisch recht nog de vrijheid heeft om de geboorte van een kind als ontbindende voorwaarde toe te voegen aan de schenking?³⁹⁷ Deze vraag komt neer op de vraag naar de toepassing van het criterium van de willekeur bij schenkingen.

De ontbindende voorwaarde van het krijgen van een kind lijkt mij op het eerste zicht een aanvaardbare clause.³⁹⁸ Een kinderloze schenker doet namelijk een schenking omdat hij geen kinderen heeft en er waarschijnlijk geen meer zal krijgen.³⁹⁹ In die overtuiging wil hij zijn vermogen met de begunstigde, al dan niet erfgenaam, delen.⁴⁰⁰ Is het dan niet

³⁹² N. PETERKA, "Donations faites par les ascendants" in M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 991, nr. 346.12.

³⁹³ Art. 960 CC: "Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier." Gewijzigd bij de wet van 23 juni 2006, in werking sinds 1 januari 2007.

³⁹⁴ N. PETERKA, "Donations faites par les ascendants" in M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 991, nr. 346.12.

³⁹⁵ I. NAJJAR, "Donation", *Rép. Civ. Dalloz*, 2008, 101, 877-880.

³⁹⁶ S. GJIDARA, "Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats: le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil", *Petites Affiches* 2000, n°124, nr. 12-14; J.J. TAISNE, "Fasc. Unique. Art. 1168-1174. Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Caractères de la condition" in *Juris-classeur civil*, Parijs, Editions du juris-classeurs, 2012, nr. 34; Bovendien zal deze voorwaarde in sommige gevallen toch als een (impliciet) gemengde voorwaarde beschouwen. Als de schenker getrouwd is, dan zal zijn vrouw de 'bepaalde derde' zijn en Frankrijk aanvaardt sinds lang de schenking onder gemengde voorwaarde. Cass. Fr. 30 augustus 1880, *D.* 1880, I, 464; Cass. Fr. 28 mei 1974, *JCP* 1975, nr. 17911 met noot H. THUILLIER, *D.* 1975, *jur* 144, met noot A. PONSARD; M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 857; PH. MALAURIE, *Les Succession. Les Libéralités*. Parijs, Défrenois, 2010, 229-230). Ook in het licht hiervan moet het feit dat dergelijke voorwaarde nog steeds in de *Code Civil* staat bekeken worden.

³⁹⁷ H. CASMAN, "Herroeping schenking wegens geboorte", noot onder Cass. 7 mei 2007, *Not. Fisc. M.* 2009, 55.

³⁹⁸ R. BARBAIX, *Comm. Erf. Art. 953 BW*, Mechelen, Kluwer, 2012, 16, nr. 9.

³⁹⁹ M. PUELINCKX-COENE, "Schenkingen en de geboorte achteraf van een kind bij de schenker", *RW* 1988-89, 57.

⁴⁰⁰ H. CASMAN, "Herroeping schenking wegens geboorte", noot onder Cass. 7 mei 2007, *Not. Fisc. M.* 2009, 55.

aannemelijk dat de schenker zich wil indekken tegen het, onwaarschijnlijke, geval dat hij nog kind verwekt met zijn vrouw?⁴⁰¹ In het licht van het Cassatie-arrest van 26 januari 1984 lijkt mij dat hiertegen geen bezwaar kan bestaan. De willekeur van de beslissing wordt geneutraliseerd door de ‘de prijs’ (het krijgen van een kind) die de schenker voor het ontbinden van de schenking zou betalen.

122. Bovendien heeft de geboorte van een kind nadat de schenking reeds is gebeurd andere consequenties op erfrechtelijk vlak.⁴⁰² De berekening van het beschikbaar deel en de reserve van de kinderen gebeurt namelijk op het moment van overlijden van de schenker, niet op het ogenblik van de schenking.⁴⁰³ Dus de begiftigde moet sowieso al rekening houden met een mogelijke vordering tot inkorting van het later geboren kind, indien daartoe aanleiding bestaat.⁴⁰⁴
123. Mijns inziens blijft, ondanks het feit dat deze wettelijke ontbindende voorwaarde uit het Burgerlijk Wetboek werd geschrapt, een dergelijke voorwaarde mogelijk naar huidig Belgisch recht, gelet op de evoluerende rechtspraak en rechtsleer.

⁴⁰¹ R. BARBAIX, *Comm. Erf.* Art. 953 BW, Mechelen, Kluwer, 2012, 16, nr. 9; H. CASMAN, “Herroeping schenking wegens geboorte”, noot onder Cass. 7 mei 2007, *Not. Fisc. M.* 2009, 55.

⁴⁰² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. Traité des donations entre-vifs et des testaments*, III, Parijs, Imprimerie générale, 385; I. NAJJAR, *donation*, Rép. Dalloz, nr. 488.

⁴⁰³ Art. 913, “De giften, hetzij bij akten onder de levenden, hetzij bij testament, mogen de helft van de goederen van de beschikker niet overschrijden, indien hij bij zijn overlijden slechts 1 kind achterlaat; 1/3de, indien hij twee kinderen achterlaat; 1/4de, indien hij er drie of meer achterlaat”.

⁴⁰⁴ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 414, nr. 550.

DEEL II

IS ER NOOD AAN EEN HERNIEUWDE INVULLING VAN HET BEGRIP 'POTESTATIVITEIT'?

HOOFDSTUK 1: VERWARRENDE BEGRIPPEN, VERWARRENDE OPLOSSINGEN. PROBLEMATISCH VOOR DE RECHTSZEKERHEID

124. Uit hoofdstukken 2 en 3 blijkt dat het begrip ‘potestativiteit’ een zeer moeilijk begrip is. De wet maakt niet duidelijk wat de precieze draagwijdte van art. 944 BW (en art. 1174 BW) is. Daarnaast was er in de rechtsleer tot voor kort weinig eensgezindheid te vinden. De recentere rechtsleer lijkt nu echter in zekere zin de gemengde voorwaarde te aanvaarden.⁴⁰⁵
125. Een van de redenen waarom er zo veel discussie is omtrent de (gemengd) potestatieve voorwaarden bij schenkingen is omdat de begripsafbakening te wensen overlaat.⁴⁰⁶ Het verschil tussen de louter en gewoon potestatieve voorwaarde is in hoge mate problematisch. De precieze draagwijdte van ‘al dan niet in de macht liggen van de schenker’ is niet duidelijk. Daarbij wordt ook te weinig aandacht besteed aan het verschil tussen de ontbindende en opschortende voorwaarde.
126. Bovendien is ook voor voorwaarden waarbij omtrent de categorisering zekerheid over bestaat, een verschil in beoordeling van de geldigheid niet naar recht te verantwoorden. Dit wordt treffend geïllustreerd door het verschil tussen de schenking onder de voorwaarde ‘dat ik ga samenwonen’ en de schenking onder de voorwaarde ‘dat ik ga samenwonen met mijn huidige vriendin’. In het eerste geval is naar huidig Belgisch recht sprake van een gewoon potestatieve voorwaarde, want de wil van een *onbepaalde* derde is hier vereist. In het tweede geval is sprake van een gemengde voorwaarde. Zoals blijkt uit de bespreking in hoofdstukken 2 en 3 uit deel I worden beide schenkingen door een meerderheid van de recentere rechtsleer op een verschillende manier behandeld. De gewoon potestatieve voorwaarde is volgens de meeste auteurs immers nietig terwijl het merendeel van recente rechtsleer de gemengde voorwaarde wel aanvaardt.

⁴⁰⁵ A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht*, III, De schenkingen en testamenten, Antwerpen, Standaard, 1947, 226, nr. 158; W. PINTENS, CH. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 617, nr. 1158; R. BARBAIX en A-L VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 29, nr. 44; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 409, nr. 543; F. BUYSENS, “Schenkingen aan minderjarige kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming”, *Echtscheidingsjournaal* 1995, 98-99; M. PUELINCKX-COENE, *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, 5, nr. 10; M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, “Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011”, *TPR* 2013, 416-417, nr. 309; L. RAUCENT, *Les libéralités*, Brussel, Bruylant, 1991, 135, nr. 175; J. BAEL, “Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning?”, *T. Not* 2012, 400, nr. 33.

⁴⁰⁶ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 553.

Bestaat hiervoor wel voldoende verantwoording? In beide gevallen kan de schenker er immers niet alleen voor zorgen dat de voorwaarde vervuld wordt. Er is namelijk telkens een derde die met de schenker moet beslissen om samen te gaan wonen. Als die derde nu bepaald of onbepaald is, is toch van geen belang?⁴⁰⁷

In beide gevallen kan de schenker ook voorkomen dat de voorwaarde zich voordoet, namelijk door nooit te gaan samenwonen. Zowel bij de gewoon potestatieve als bij de gemengde voorwaarde kan de schenker dus door zijn *enkele* wil voorkomen dat de voorwaarde vervuld wordt. En toch pleiten bepaalde auteurs ervoor de gewoon potestatieve voorwaarde niet toe te laten en de gemengde voorwaarde wel.

127. Het is ontegensprekelijk dat de bestaande invulling van het begrip potestativiteit niet meer volstaat. Daarom is een hernieuwde invulling van het begrip potestativiteit noodzakelijk. Hiervoor wordt terecht gepleit door sommige rechtsleer, meer bepaald door BARBAIX en VERBEKE.⁴⁰⁸
128. Het criterium van de willekeur is hierbij van cruciaal belang. Een aanzet hiertoe wordt ons aangereikt door het Franse recht en ook het Hof van Cassatie lijkt dit criterium in haar arrest uit 1984 te hanteren. Ook kan hier volgens mij grondslag voor gevonden in het oude artikel 960 BW. Toch is nog nood aan enige verduidelijking.

⁴⁰⁷ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 554.

⁴⁰⁸ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 554; R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 31, nr. 46.

HOOFDSTUK 2: NIEUWE OPDELING VOLGENS VERBEKE EN BARBAIX

1. Objectief potestatief?

129. Om te bepalen of een voorwaarde (verboden) potestatief is moet eerst en vooral gekeken worden of de voorwaarde objectief potestatief is of niet.⁴⁰⁹ Een opdeling naargelang het opschortende dan wel ontbindende karakter van de voorwaarde is noodzakelijk.⁴¹⁰

130. Er is, *in abstracto*, sprake van een objectief potestatieve opschortende voorwaarde wanneer de schenker alleen kan beslissen dat de voorwaarde niet vervuld wordt.⁴¹¹ Bij een ontbindende voorwaarde is sprake van objectieve potestativiteit als de schenker alleen kan beslissen dat de voorwaarde zich wel voordoet.⁴¹² Om een eerder voorbeeld te gebruiken: er is sprake van een objectief potestatieve voorwaarde als de schenking gebeurt onder opschortende voorwaarde ‘dat de schenker gaat samenwonen met zijn vriendin’. Aangezien de schenker in dit geval kan beslissen om niet te gaan samenwonen heeft hij een doorslaggevende beslissingsmacht om over het lot van de schenking te beslissen. Dit maakt de voorwaarde objectief potestatief. Er is ook sprake van objectieve potestativiteit als de schenking gebeurt onder ontbindende voorwaarde ‘dat de schenker tegen 1 januari 2016 niet samenwoont met zijn vriendin’. Als de schenker tegen 1 januari 2016 niet samenwoont met zijn vriendin betekent dit dat de schenking ontbonden is.

In beide gevallen kan de schenker er dus alleen voor zorgen dat hij van zijn engagement bevrijd is. Het is om de objectieve potestativiteit te bepalen dus ook van groot belang hoe de voorwaarde geformuleerd is. Een negatieve formulering van de voorwaarde heeft andere finaliteit dan de positieve maar concluderend komt het volgens VERBEKE hierop neer: kan de schenker zelf en zelfstandig beslissen om niet gebonden te zijn?⁴¹³ Als deze vraag bevestigend beantwoord wordt, is er sprake van een mogelijkheid tot herroeping van de schenking.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 46.

⁴¹⁰ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 46.

⁴¹¹ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 46.

⁴¹² R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 46.

⁴¹³ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 30, nr. 46.

⁴¹⁴ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 30, nr. 46

2. Subjectieve omstandigheden

131. Dit volstaat echter niet om de voorwaarde als (verboden) potestatief te kwalificeren. Er moet namelijk *in concreto* ook geoordeeld worden of er bepaalde subjectieve omstandigheden zijn die de mogelijke potestativiteit uitschakelen. Hiervoor doen we beroep op het Franse begrip van de willekeur. Dit criterium houdt in dat gekeken moet worden of het risico bestaat dat de schuldenaar-schenker op willekeurige wijze kan beslissen om de voorwaarde wel of niet te (doen) vervullen om van zijn juridische verplichting af te zien, gelet op de consequenties die dit zou meebrengen.⁴¹⁵ Om het voorbeeld van daarnet te gebruiken: bestaat het risico dat de schenker, bij een schenking onder opschortende voorwaarde ‘dat hij gaat samenwonen met zijn vriendin’ of de schenking onder ontbindende voorwaarde ‘dat hij tegen 1 januari 2016 niet samenwoont met zijn vriendin’, willekeurig beslist om niet te gaan samenwonen met zijn vriendin enkel en alleen om van zijn engagement tot schenken af te zien? Als de omstandigheden van die aard zijn dat zij een ingrijpende invloed hebben op het leven van de schenker, is de potestativiteit uitgeschakeld. ‘De prijs’ die betaald moet worden door schenker, *in casu* het niet-samenwonen met zijn vriendin, is zo hoog dat de potestativiteit hier *de facto* onbestaande is.⁴¹⁶
132. Gelet op de moeilijkheden die men in de praktijk ondervindt in verband met de schenking onder potestatieve voorwaarde is het criterium van de willekeur dus hét geschikte instrument om aan deze problemen tegemoet te komen.

3. Het criterium van de willekeur als vigerend recht: als het regent in Parijs, dan druppelt het in Brussel

133. Dit criterium van de willekeur is echter geen loutere utopie. Ze wordt niet alleen door het Franse Hof van Cassatie gebruikt⁴¹⁷, ook het Belgische Hof van Cassatie hanteert, zij het eerder impliciet, in het arrest van 26 januari 1984 deze criteria. De schenker had immers nog steeds de mogelijkheid om de dienstbode te ontslaan (objectief potestatief), doch beschouwt het Hof deze voorwaarde als niet-potestatief (en dus geldig) omdat de consequenties voor de schenker om van de schenking af te zien dermate groot zijn. Het is volgens het Hof

⁴¹⁵ G. GOUBEAUX, “Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l’interet exclusif de l’une des parties”, *Rép. Defr.* 1979, 754, nr 2.

⁴¹⁶ R. BARBAIX en A-L. VERBEKE, *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 31 *in fine*, nr. 46; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 477, nr. 557.

⁴¹⁷ Cass. Fr. 28 mei 1974, *JCP* 1975, nr. 17911, met noot H. THUILLIER, *D.* 1975, *jur* 144, met noot A. PONSARD; M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 857.

ondenkbaar dat de schenker zijn dienstbode zou ontslaan omdat hij daardoor vermijdt ooit effectief te moeten schenken. Deze subjectieve omstandigheden neutraliseren de objectieve potestativiteit.

134. Voor dit criterium kan volgens mij ook grondslag in de wet worden gevonden. Zoals hierboven al besproken wordt in het oude art. 960 BW het criterium van de willekeur toegepast. Door dit artikel had de schenker immers de mogelijkheid om op de schenking terug te komen door een kind te verwekken (objectief potestatief) maar werd dit toch als niet potestatief beschouwd omdat geen enkel weldenkend mens een kind verwekt enkel en alleen om op een schenking terug te kunnen komen. Dit artikel 960 BW werd weliswaar afgeschaft maar met dit artikel wordt aangetoond dat het criterium van de willekeur bij schenkingen onder (objectief potestatieve) voorwaarden zijn weg reeds had gevonden naar het Belgisch schenkingsrecht.
135. Uit de combinatie van de rechtspraak (o.a. het arrest van het Hof van Cassatie), de rechtsleer (BARBAIX en VERBEKE als grootste voorstanders), de wetgeving (oud art. 960 BW) met de veelvuldige toepassing ervan in het Franse recht, kan volgens mij als conclusie getrokken worden dat het criterium van de willekeur reeds een zeer groot draagvlak heeft om als doorslaggevend criterium gebruikt te worden om de potestativiteit bij schenkingen onder voorwaarde te bepalen.

CONCLUSIE

Uit deze masterscriptie blijkt dat het huidige begrip potestativiteit naar Belgisch recht veel onduidelijkheden met zich meebrengt. Dit is uiteraard problematisch voor de praktijk van de vermogensplanning.

Ten eerste is het verschil tussen de louter en gewoon potestatieve voorwaarde verwarrend. Het criterium dat het onderscheid maakt tussen beide voorwaarden is de vraag of de vervulling van de voorwaarde in de macht ligt van de schenker. Dit zorgt enerzijds voor theoretische problemen want hoever reikt de maatstaf 'in de macht van de schenker'? De rechtsleer en rechtspraak zijn zoekende om hierop een antwoord te geven. Anderzijds zijn er ook praktische bezwaren. Het is m.i. niet verantwoord dat de schenking onder voorwaarde 'dat ik morgen mijn haag scheer' op dezelfde manier behandeld wordt als de schenking onder voorwaarde 'dat ik morgen verhuis naar mijn appartement aan zee', die in huidig Belgisch recht beide als louter potestatieve voorwaarden worden bestempeld.

Ten tweede is het al dan niet toelaten van de schenking onder gemengde voorwaarde al heel lang een twistpunt in het Belgisch schenkingsrecht. De traditionele rechtsleer verwerpt de mogelijkheid om een schenking te laten afhangen van een voorwaarde die afhankelijk is van de wil van de schenker en de wil van een bepaalde derde. Een deel van de moderne rechtsleer aanvaardt inmiddels de schenking onder gemengde voorwaarde wel, naar voorbeeld van het Franse recht. Uit dit onderzoek blijkt dat noch het zonder meer aanvaarden, noch het zonder meer verwerpen van schenkingen onder gemengde voorwaarde wenselijk is. Het valt namelijk niet in te zien waarom bijvoorbeeld de schenking onder voorwaarde 'dat mijn vrouw en ik dansles volgen' geldig zou moeten zijn. Een schenking onder de voorwaarde 'dat ik trouw met mijn vriendin' lijkt dan weer wel aanvaardbaar. Het is dus volgens mij zo dat gemengde voorwaarden slechts in sommige gevallen buiten de klauwen van art. 944 BW moet blijven.

Alle problemen omtrent het begrip potestativiteit kunnen opgelost worden door de introductie van een nieuw criterium, namelijk 'de willekeur'. Dit criterium vindt zijn oorsprong in het Franse verbintenissenrecht. Bij het gebruik van dit criterium moet worden nagegaan of de schenker autonoom kan beslissen dat de ontbindende voorwaarde zich voordoet of dat de opschortende voorwaarde zich niet voordoet. In beide gevallen zou hij immers van zijn engagement kunnen afzien. Is dit het geval, dan moet alsnog nagegaan worden of de vervulling van de voorwaarde het voorwerp zou kunnen zijn van een willekeurige beslissing van de schenker. Bestaat het risico dat de schenker de voorwaarde (niet) zou vervullen om op

die manier te vermijden dat hij effectief moet schenken? Om te bepalen of er een risico bestaat op willekeur moet gekeken worden naar de consequenties die de mogelijke (niet-) uitvoering met zich mee zouden brengen. Bij een schenking onder opschortende voorwaarde ‘dat de schenker trouwt met zijn vriendin’ kan de schenker er zelf voor zorgen dat de voorwaarde (en de effectieve schenking) zich niet voordoet door nooit met zijn vriendin te trouwen. Toch is in dit concrete geval geen sprake van een (verboden) potestatieve voorwaarde aangezien de keuze voor de schenker om al dan niet met zijn vriendin te trouwen naar alle redelijkheid niet ingegeven zal zijn door de mogelijkheid om op een schenking terug te komen. De ‘prijs’ die betaald moet worden om op de schenking terug te komen, namelijk het niet trouwen met zijn vriendin, is hier te hoog.

Het gebruik van ‘willekeur’-criterium is noodzakelijk om aan de noden van de praktijk te voldoen. In sommige rechtspraak werd dit criterium dan ook reeds gebruikt. Het Hof van Cassatie aanvaardde in 1984 een schenking van een dokter aan zijn dienstbode onder voorwaarde dat deze tot aan zijn dood in dienst zou blijven (impliciet) op grond van dit criterium. De reden waarom het Hof van Cassatie deze schenking aanvaardde is duidelijk: hoewel de schenker steeds de mogelijkheid had om op de schenking terug te komen door de dienstbode te ontslaan, was dit geenszins zijn bedoeling. De ‘prijs’ die de schenker moest betalen om op de schenking terug te komen, was dus veel te hoog. Anders gezegd: de consequenties om de voorwaarde niet te doen vervullen neutraliseren de potestativiteit in hoofde van de schenker.

Het criterium van de willekeur vinden we ook terug in het oude art. 960 BW dat stipuleerde dat elke schenking gebeurde onder ontbindende voorwaarde van de geboorte van een eerste kind. Een koppel kon op deze manier een schenking herroepen door een kind te krijgen. De wetgever aanvaardde deze ontbindende voorwaarde omdat een koppel zich niet laat leiden door de mogelijkheid om op een schenking terug te komen in de beslissing als zij kiezen voor een kind of niet. Deze beslissing loopt niet het risico om willekeurig genomen te worden.

Het criterium van de willekeur wordt dus niet alleen in het Franse recht gebruikt, ook in het Belgisch recht lijkt dit criterium zijn intrede te hebben gedaan, in zowel rechtspraak, rechtsleer als het oude art. 960 BW. Dit kan alleen maar worden toegejuicht.

Daarom is de conclusie van deze masterscriptie dat de tijd rijp is om bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van schenkingen het Franse criterium van de willekeur toe te passen.

Bibliografie

Boeken [Belgie]

BAEL, J., *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 1040 p.

BARBAIX, R. en VERBEKE, A-L., *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die Keure, 2012, 201 p.

BARBAIX, R. en VERBEKE, A-L., *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, Die keure, 2013, 200 p.

BARBAIX, R., *Het contractuele statuut van de schenking. Hoe anders is de overeenkomst schenking en waarom? Rechtsvergelijkende studie van het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 1130 p.

BARBAIX, R., SWENNEN, F., (eds.), CASMAN, H., GEELHAND, N., PINTENS, W., *Liber Amicorum Mieke Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, 2006, 535 p.

BOURS, J-P., CULOT, A., DE PAGE, P., DE STEFANI, I., MAGNUS, F., PRUM, C., WAUTELET, P., *Les donations: aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2011, 265 p.

CASMAN, H. en DEKKERS, R., *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 917 p.

CASMAN, H., DIRIX, E., DE CORTE, R., DE LEVAL, G., KOKELENBERG, J., LEDOUX, J.L., STORME, M., STORME, M.E., SWENNEN, H., VAN CROMBRUGGE, S., VAN NESTE, F., VAN OEVELEN, A. en VUYE, H. (eds.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit. XVIII^e Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1991-1992*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 551 p.

CLAEYS, I., BRULOOT, D., DAMBRE, M., ENGELS, C. *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2011, 226 p.

COOLS H., *Gids Erven en Schenken: De Theorie en de Praktijk*, Antwerpen, Standaard Antwerpen, 2006, 458 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome IV. Les Principaux Contrats*, Brussel, Bruylant, 1972, 983 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome VIII/I. Les libéralités (généralités). Les donations*, Brussel, Bruylant, 1962, 897 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome I. Théorie Générale des droits et des lois. Les Personnes-La Famille*, Brussel, Bruylant, 1962, 1619 p.

DE WULF, C., *Notarieel Familierecht en Familiaal Vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 403 p.

DEKKERS, R., VERBEKE, A-L., CARETTE, N. en VANHOVE, K., *Handboek Burgerlijk Recht, Deel III, Verbintenissen, Bewijsleer en Gebruikelijke Contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 820 p.

DELNOY, P., DE PAGE, P., *Les libéralités: chronique de jurisprudence 1988-1997*, Brussel, Larcier, 2000, 306 P.

DELNOY, P., *Les Liberalités et les Successions*, Brussel, De Boeck et Larcier, 2006, 343 p.

DELNOY, P., *Les Liberalités et les Successions*, Brussel, De Boeck et Larcier, 2013, 427 p.

DELPORTE, F., *De Handgift*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 52 p.

DILLEMANS, R., *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht. Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1977, 514 p.

GHIJSELS, F., *Schenkingen en testamenten*, Brussel, CAD, 208 p.

KLUYSKENS, A., *Beginselen van Burgerlijk Recht, III, De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1947, 480 p.

LAMBEIN, K., *Erfenissen, schenkingen en testamenten*, Gent, Mys en Breesch, 2000, 243 p.

LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Tome XVII, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 676 p.

LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XII, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, 622 p.

LOCRE, J.G., *Législation Civile, Commerciale et Criminelle ou commentaire et complètement des codes français Tome XI*, Brussel, Wahlen, 1838, 495 p.

MASSCHELEIN, M.A., “*Schenking bij notariële akte*”, Gent, Larcier, 2007, 309 p.

MOREAU, P. (edr.), DESIR, S., MASSANGE, S., ROSOUX, H., ROUSSEAU, L., *Libéralités et successions*, Limal, Anthemis, 2012, 461 p.

PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J., VANWINCKELEN, K., *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1345 p.

PINTENS, W., DECLERCK, CH., VANWINCKELEN, K., *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 439 p.

PUELINCKX-COENE, M., “Valkuilen van het schenkingsrecht” in BAELE, J., BRAECKMANS, H., PEETERS, B., PUELINCKX-COENE, M. en WYLLEMAN, A. (eds.), *Familiale vermogensplanning, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 772 p.

RAUCENT, L., *Les libéralités*, Brussel, Bruylant, 1991, 132-133.

SCHUTTEVAER, H., *Schenking volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 124 p.

SPRUYT, E., *Schenking als techniek van successieplanning: juridisch en fiscaal*, Mechelen, Kluwer, 2008, 485 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht II*, Brugge, Die Keure, 2009, 186 p.

TILLEMANS, B. en VERBEKE, A-L. (eds.), *Knelpunten kanscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 118 p.

VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.

VAN QUICKENBORNE, M., *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 184 p.

VANDEBEEK, N., *Scheningen en Legaten van onroerende goederen*, Mechelen, Kluwer, 2011, 478 p.

Bijdragen in tijdschriften en verzamelwerken [België]

ABIUSO, R. en VERVOORT, I., “Schenkingen onder opschortende voorwaarde”, in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS, en DERYCKE, H. (eds.), *Handboek Estate Planning*, boek 2, *Vermogensplanning met effect bij leven. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 459-461;

BAEL, J., “Enkele bedenkingen betreffende het principe van de onherroepelijkheid van de schenking in VERBEKE, A-L., SCHERPE, J.M., DECLERCK, CH., HELMS, T. en SENAEVE, P., in *Liber Amicorum Walter Pintens. Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 65-110.

BAEL, J., “Grenzen aan de familiale vermogensplanning: Het principe van de versterkte onherroepelijkheid van de schenking herbekeken.” in ALOFS, E., BYTTEBIER, K., MICHIELSENS, A. en VERBEKE, A-L. (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 49-74.

BAEL, J., Het principe van de onherroepelijkheid van de schenking: een hinderpaal bij de familiale vermogensplanning? in *T. Not* 2012, afl. 7-8, 384-449.

BARBAIX, R. en VERBEKE, A-L., *Comm. Erf.*, art. 894 BW, Mechelen, Kluwer, 2009, 44 p.

BARBAIX, R. en VERDICKT, B., “Handgift zonder (bewezen) traditio: onbestaand of vernietigbaar?”, *Not.Fisc.M* 2011/3, 66-83.

BARBAIX, R., “De schenking als successieplanningsinstrument. Civielrechtelijke grenzen aan de contractsvrijheid”, *TEP* 2008, 190-276.

BERNARD, A. (ed.), BRUNET, E., RESTEAU, C. en SERVAIS, J., *RPDB*, tome IV, Donations et testaments.

BUYSENS, F., “Schenkingen aan minderjarige kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming”, *Echtscheidingsjournaal* 1995, 91-99.

- CASMAN, H., “Actualia Schenkingen”, *NJW* 2011, deel 1: afl. 248, p. 558-567, deel 2: afl. 249, 594-603.
- CASMAN, H., “Herroeping schenking wegens geboorte”, noot onder Cass. 7 mei 2007, *Not. Fisc. M.* 2009, 54-56
- CLAESSENS, B. en PEETERS, N., “Verbintenissen onder voorwaarde” in X., *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 1999, 20 p.
- DE CONINCK, J., “De voorwaarde in het contractenrecht”, *Recht en onderneming*, Brugge, Die Keure, 2007, 620 p.
- DE WILDE D’ESTMAEL, E., en DELAHAYE, B., “Schenkingen” in H. CASMAN en M. VAN LOOCK, *Huwelijksvermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., 95p.
- DE WILDE D’ESTMAEL, E., DELAHAYE, B., HOLLANDERS DE OUDERAEN, G., “Les Donations/ De schenkingen” in *Rép.Not* 3, 2009, 271 p.
- DU FAUX, H., “Donation entre vifs. Deux questions”, *Rev.not.b.* 1998, p. 305-308.
- FORIERS, P., “Propos sur la condition résolutoire purement potestative” in BERNAUW, K. (edr.), HERBOTS, J. H., COUSY, H., STIJNS, S., *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 1030 p.
- HANNEQUART, Y., “La condition” in *Les nouvelles droit civil, Tome IV, vol. II*, Brussel, Maison Ferdinand Larcier, 1958, 335-459.
- JANSSEN, R., *Comm. Erf.* art. 815 BW, Mechelen, Kluwer, 2011, 38 p.
- LABEEUW, N., *Comm. Erf.*, art. 938 BW, Mechelen, Kluwer, 2006, 12 p.
- LEMMENS, J., “Is het achterpoortje goed gesloten voor tandemschenking en schenking onder opschortende modaliteit van overlijden van de schenker?”, *T.Fin.R.* 2005, afl. 2, p. 1053-1062.
- MEYUS, A. en WILIKENS, S., “De gemodaliseerde hand- en bankgift – een instrument voor estate planning”, *AFT* 2001, 165-190.
- PARISIS, F., noot onder Luik, 19 mei 1992 en 26 januari 1993, *TBBR*, 1994, 52 p.
- PUELINCKX-COENE, M., *Comm. Erf.* Art. 944 BW, Mechelen, Kluwer, 2002, 8 p.
- PUELINCKX-COENE, M., “Overzicht van rechtspraak. Giften (1985-1992)”, *TPR* 1994, 779-1117.
- PUELINCKX-COENE, M., “Schenkingen en de geboorte achteraf van een kind bij de schenker”, *RW* 1988-89, 55-57.
- PUELINCKX-COENE, M., BARBAIX, R., GEELHAND, N., “Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011”, *TPR* 2013, 175-946.

PUELINCKX-COENE, M., *Comm. Erf. Art. 951 BW*, Mechelen, Kluwer, 2003

SPRUYT, E., “De schenking: het paradepaard van de successieplanning”, *AFT* 2008, deel 1: afl. 8-9, 17-104, deel 2: afl. 10, 20-138.

STIJNS, S., “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak rechtsleer”, *Not. Fisc. M.* 2008, 77-102.

STIJNS, S., VAN GERVEN, D. en WÉRY, P., “Chronique de jurisprudence. Les obligations. Le régime général de l’obligation”, *JT* 1999, 821-854.

STORME, M.E., “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in CASMAN, H., DIRIX, E., DE CORTE, R., DE LEVAL, G., KOKELENBERG, J., LEDOUX, J.L., STORME, M., STORME, M.E., SWENNEN, H., VAN CROMBRUGGE, S., VAN NESTE, F., VAN OEVELEN, A. en VUYE, H. (eds.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit. XVIII^e Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1991-1992*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 403-510.

VAN OMMESLAEGHE, P., “De opschortende voorwaarde. Goede en slechte gebruiken in de praktijk”, *Not. Fisc.M.* 2012/4, 106-115.

VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, Tome III, Brussel, Bruylant, 2010.

VAN QUICKENBORNE, M., “Modaliteiten van verbintenissen” in DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., *Commentaar Verbintenissenrecht*, 161 p.

VAN VIJFEIJKEN, I.J.F.A. “De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking.” *WNPR* 2008, p. 173-186.

VERBEKE, A-L, “Modaliteiten bij een schenking” in *Bank en Familie/Banque et Famille*, Brussel, Bruylant, 2006, 135-181.

VERBEKE, A-L. en VERVOORT, I., “Contracten onder voorwaarde” in TILLEMANN, B. en VERBEKE, A-L. (eds.), *Knelpunten kanscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1-37.

VERBEKE, A-L., “Waardig familiaal vermogensrecht”, *TEP* 2013/3, 3-13.

VERBIST, A., “Planning en overdracht van vermogen” in *NJW* 2008, afl 184, p. 466-475.

VERSTRAETE, J., “Familiale schikkingen herbelicht” in PINTENS, W. (edr.), DU MONGH, J. (edr.), LABEEUW, N., MAELFAIT, A., VERSTRAETE, J. , *Familiaal vermogensbeheer : het Burgerlijk Wetboek na 200 jaar nog actueel*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 247 p.

Rechtspraak [België]

Cass. 22 april 2013, nr. C.12.0285.F.

Cass. 7 mei 2007, *Not. Fisc. M.* 2009, 53, noot H. CASMAN.

Cass. 8 september 2005, nr. C.04.0407.

Cass. 30 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 702, *Pas.* 1995, 724, *RW* 1995-96, 829-830

Cass. 25 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 373, noot, *Pas.* 1989, I, 339, noot en *RW* 1989-90, 1290.

Cass. 26 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 578, noot, *Arr. Cass.* 1983-84, 620, *Bull.* 1984, 578 en *RW* 1984-85, 2325.

Cass. 13 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 163, *Pas.* 1984, I, 151 en *JT* 1984, 266.

Cass. 5 juni 1981, *A.P.T.* 1984, 145, noot X. DIEUX, *Arr. Cass.* 1980-1981, 1157, *J.T.* 1982, 344, *Limb. Rechtsl.* 1981, 109, *Pas* 1981, I, 1149, *R.C.J.B.* 1983, 199, noot HERBOTS, *R.W.* 1981-82, 250, *Rec. Gén. Enr. Not.* 1986, 387.

Cass. 18 juni 1970, *Arr. Cass.* 1970, 981, *Pas.* 1970, I, 925.

Cass. 3 april 1970, *RW* 1970-1971, 126-128.

Cass. 16 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 375, *Pas.* 1961, I, 421 en *RGAR* 1962.

Cass. 28 mei 1942, *Pas.* 1942, I, 136, *Rec. gén. enr. not.* 1943, 269, *Rev. prat. not. b.* 1943, 312.

Cass. 27 maart 1833, *Pas.* 1833, I, 68, met conclusie adv.-gen. PLAISANT.

Brussel 23 september 2013, nr. 2010AR3280.

Brussel 8 september 2011, *Rec.gén.enr.not.* 2013, afl. 6, 266, noot A. CULOT; *Rev.trim.dr.fam.* 2013, afl. 1, 284, noot A. VAN HECKE.

Antwerpen 3 juni 2009, *RW* 2010-11, 627, *T. Not.* 2011, 517, met noot M. PUELINCKX-COENE.

Gent 8 december 2005, *T. Not.*, afl 7-8, 412.

Antwerpen 26 maart 2001, *RW* 2002-03, 425.

Luik 13 oktober 1997, *JT* 1998, 123 en *JLMB* 1998, 257, noot S. NUDELHOLC.

Gent 23 november 1993, *TGR* 1994.

Antwerpen 5 januari 1993 *TBBR* 1994, 242, noot I. DURANT

Brussel 3 december 1992, *RW* 1992-93, 1342-1343, *JT* 1994, 599.

Bergen 12 november 1979, *Rec. gén. enr. not.* 1980, nr. 22489, 177, met noot.

Brussel 2 april 1974, *RW* 1974-75, 173, met noot, *Turnh. Rechtsl.*, 1973-74, 73.

Gent 7 juli 1876, Pas. 1876, II, 362.

Arbeidshof Antwerpen 25 april 2002, nr. 2000/948.

Rb. Brussel 12 oktober 1999, *JT* 2000, 71.

Rb. Brugge 6 december 1995, *AM* 1996, 156.

Rb. Nijvel 4 maart 1993, *Rev.not.* 1994, 32.

Rb. Dinant 10 april 1991, *JLMB* 1993, 392.

Rb. Antwerpen 26 maart 1981, *RW* 1981-82, 1837-1839 met noot F. DELWICHE.

Kh. Hasselt 16 juni 2003, *TRV* 2005, 183, noot D. VAN GERVEN.

Kh. Hasselt 29 maart 1990, *T. Verz.* 1991, 209, met noot J.P. HENRY.

Boeken [Nederland]

ASSER, C. en PERRICK, S., *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4, erfrecht en schenking*, Deventer, Kluwer, 2009, 786 p.

ASSER, C., HARTKAMP, A.S. en SIEBURGH, C.H., *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6-I*, Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 2012, 384 p.

ASSER, C., TJONG TJIN TAI, T.F.E., *Bijzondere overeenkomsten. 4: Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 2009, 410 p.

BAVINCK, M.M. en VAN JOOLINGEN, H.F., “Eens gegeven blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van een herroepelijke schenking”, *WFR* 2005/6632, 999-1005.

BURGERHART, W. en SCHOLS, F., “Schenking en gift in het nieuwe jaar”, *W.P.N.R.* 2003, nr. 6519, 113-122.

BURGERHART, W., “Zijn overlijden en art. 9 SW 1956 ‘onherroepelijk’? Planning met de herroepelijke schenking (I)”, *EstateTipReview*, Afl. 2006-44.

BURGERHART, W., “Zijn overlijden en art. 9 SW 1956 ‘onherroepelijk’? Planning met de herroepelijke schenking (II)”, *EstateTipReview*, Afl. 2006-45.

CAHEN, J.L.P., *Algemeen deel van het verbintenissenrecht. Pito deel 4*, Deventer, Kluwer, 2002, 384 p.

DEN TONKELAAR, J.D.A., *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1994, 107 p.

DEN TONKELAAR, J.D.A., *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1983, 122 p.

HIJMA, J. en OLTHOF, M.M., *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 486 p.

KOLKMAN, W.D., REINHARTZ, B.E., VERSTAPPEN, L.C.A., VAN VIJFEIJKEN, I.J.F.A., *Erfrecht, Civiel en Fiscaal. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 1195 p.

LAND, N.K.F. BUSMAN, C.W.S. en VERMEER, P.A.J.L., *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1932, 549 p.

MAASLAND, J.L.D.J., “De herroepelijke schenking en de (ontbonden) gemeenschap van goederen”, *Tijdschrift Erfrecht*, februari 2007, 7-10.

MABÉ, P. jr., *Handboek voor Notarissen, volgens de Nederlandsche wetgeving. Bevattende: eene behandeling van alle die onderwerpen, welke bij de onderscheiden wetboeken voorkomen, en op de notariële praktijk toepasselijk zijn, alles opgehelderd door voorbeelden en voorschriften van de onderscheiden akten, met eene opgave tevens van die bepalingen, waarin de nieuwe wetgeving van de Fransche verschilt*, Haarlem, De Wed. A Loosjes, 1838, 303 p.

MEIJERS, E.M., *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, toelichting boek 7 (vierde gedeelte)*, 'S-Gravenhage, Staatsdrukkerij, 1972, 829-1214.

MELLEMA-KRANENBURG, T.J., “De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?”, *Nieuw Erfrecht*, juni 2004, 39-42.

SCHOLS, F.W.J.M., *Schenking en gift*, Deventer, Kluwer, 2011, 68 p.

SNIJDERS, H.F. en RANK-BERENSCHOT, E.B., *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2011, 616 p.

VAN DER BURGHT, GR. en PENDERS, J.P., *Schenking*, Deventer, Kluwer, 1989, 393 p.

VAN MENS, K.L.H., *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 404 p.

WESSELS, B. en VERHEIJ A.J. (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2010, 469 p.

ZWEMMER, J.W., *Schenking*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2002, 74 p.

Tijdschriften [Nederland]

BAUDUIN, N., “Het legaat met keuzemogelijkheden en het verbod van willekeur” in *Familie en Recht*, januari 2014, <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00011/fullscreen>.

BAVINCK, M.M. en VAN JOOLINGEN H.F., “Eens gegeven blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van een herroepelijke schenking”, *WFR* 2005/6632, 999-1005.

VALK, W.L., “Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Proefschrift van P.S. BAKKER.”, *MvV* 2014/1, 1-5.

VAN VIJFEIJKEN, I.J.F.A., “De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 173-181.

VEGTER, J.B., “Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR* 2008, 167-172.

VEGTER, J.B., “Het nieuwe schenkingsrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6373, 727-731.

WERY, J., “Schenking onder ontbindende voorwaarde”, *WPNR* 1930, nr. 3142-3144.

Parlementaire stukken [Nederland]

Kamerstukken II 2000/01, 17 213.

Rechtspraak [Nederland]

HR 7 december 2001, *RvdW* 201.

HR 28 januari 1959, *BNB* 1959/122.

Boeken [Frankrijk]

AUBRY, C. en RAU, C., *Droit civil Français*, Tome XI, Parijs, Librairies Techniques, 1956, 567 p.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. en BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, Parijs, Larose et Tenin, 1907, 19, 799 p.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. et COLIN, M., *Traité theorique et pratique de droit civil. Des Donations entre vifs et des testaments*, Parijs, Larose et Tenin, 1905, 805 p.

BIHR, PH. en GROSS, B., *Contrats, Ventes civiles et commerciales, baux d’habitation, baux commerciaux*, Parijs, Press Universitaire, 2002, 691 p.

DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. Traité des donations entre-vifs et des testaments*, III, Parijs, Imprimerie générale, 717 p.

DUTILLEUL, F. en DELEBECQUE, PH., *Contrats Civils et commerciaux*, Parijs, Dalloz, 2004, 984 p.

FLOUR, J. en SOULEAU, H., *Droit Civil. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 1982, 352 p.

GRIMALDI, M., *Droit Patrimonial De La Famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 1382 p.

GUÉVEL, D., *Les Successions. Les Libéralités*, Parijs, Armand Colin, 2004, 407 p.

GUÉVEL, D., *Succession. Libéralités.*, Parijs, Armand Colin, 2004, 407p.

HUC, T., *Commentaire théorique et pratique de droit civil. Tome VI*, Parijs, Librairie Cotillon, 1894, 675 p.

JUBAULT, C., *Droit Civil. Les Successions. Les Libéralités*, Parijs, Montchrestien, 2010, 952 p.

MALAURIE, PH., *Les Successions. Les Libéralités.* Parijs, Défrenois, 2008, 568 p.

MALAURIE, PH., *Les Successions. Les Libéralités.* Parijs, Défrenois, 2010, 573 p.

MARTY, G. en RAYNAUD, P., *Droit Civil. Les succession et les libéralités*, Parijs, Sirey, 1983, 719 p.

SÉRIAUX, A., *Manuel de droit des successions et des libéralités*, Parijs, PUF, 2003, 231 p.

TERRE, F. en LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les succession, les libéralités*, Parijs, Dalloz, 1997, 906 p.

Bijdragen in verzamelwerken en tijdschriften [Frankrijk]

BRENNER, C., “Brèves observations sur la révocations des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce”, *Rép. Defr.* 2005, art. 38084, 93-110.

BUFFELAN-LANORE, Y., “Condition”, *Rép.Civ.Dalloz*, 2008, 18 p.

CHAMPENOIS, G., noot onder Cass. Fr. 25 november 1986, *Rép. Defr.* 1987, 1199-1202.

DEVILLE, S. en NICOD, M., “Réserve héréditaire. Réduction des libéralités”, *Rép.Civ.Dalloz*, juni 2012, 32 p.

DROSS, W., “L’irrévocabilité spéciale des donations existe-elle?”, *Revue trimestrielle de droit civil* 2011 (1), 25-44.

DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, B. en PILLEBOUT, J.F., “Donations et testaments. Donations entre vifs. Forme. Acceptation des donations. Art. 932 à 937 CC. Fasc. 20”, in *JurisClasseur Civil*, Parijs, Editions du Juris-Classeur, 2011, 21 p.

GHESTIN, J., “L’indétermination du prox de vente et la condition potestative”, *Réc. D.*, 1993, 251-255.

GHESTIN, J., “La notion de condition potestative au sens de l’article 1174 du code civil” in A.WEILL, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 243-258.

GJIDARA, S., “Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats: le glissement jurisprudentiel de l’article 1174 à 1178 du Code Civil”, *Petites Affiches* 2000, n°123 13 p. en nr.124, 10 p.

GOFFAUX-CALLEBAUT, G., “Apports soumis à une condition purement potestative”, *Rép.Sociétés.D.*, 2011, 53 p.

GOUBEAUX G., “Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l’interet exclusif de l’une des parties”, *Rép. Defr.* 1979, art. 31987, 754-763.

GRIMALDI, M., “Donations et testaments. Donations entre vifs. Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur. Clauses prohibées. Etat estimatif des donations mobilières. Art. 943 à 948 CC” in *JurisClasseur Civil Code*, Parijs, 2011, 24 p.

HERAIL, J., “Libéralités graduelles et résiduelles”, *Rép.Civ.Dalloz*, 2008, 8 p.

LAGARDE, X., “Réflexions sur le fondement de l’article 931 du Code Civil”, *RTDCiv*, 1997, 25-51.

LEVENEUR, L. en LEVENEUR, S., “Successions – Libéralités” in F. CHABAS , H. MAZEAUD , L. MAZEAUD , *Leçons de Droit Civil*, Parijs, Montchrestien, 1999, 678.

NAJJAR, I. en BREMOND V., “Libéralités. 3, Conditions et charges”, *Rép.Civ.D.*, 2011, 21 p.

NAJJAR, I., “La donation”, *Rép.Civ.Dalloz*, 1991, 78 p.

PETERKA, N., “Fasc. 30. Donations et testaments. – Donations entre vifs – Don Manuel”, *JurisClasseurCivil art. 931*, 2013, 143p.

PETIT, B., “Contrats et obligations. Définition et classification des contrats. Art. 1101 à 1108-2. Fasc. 1-2”, in *Juris-Classeur civil*, Parijs, Lexis-Nexis, 2005, 30 p.

SALINIERE, C., “La Réversibilité des donations”, *RTDCiv*. 2004, 21-44.

SERIAUX, A., *Droit des obligations*, Parijs, Presses universitaires de France, 1998, 779 p.

TAISNE, J.J., “Fasc. Unique. Art. 1168-1174. Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Caractères de la condition” in *Juris-classeur civil*, Parijs, Editions du juriste-classeur, 2012, 51 p.

Rechtspraak [Frankrijk]

Cass. 22 april 2013, C.12.0285.F.

Cass. Fr. 27 februari 2013, nr. 10-19.133.

Cass Fr. 29 juni 2010, nr. 09-16471.

Cass. Fr. 29 september 2009, nr. 08-20.526.

Cass. Fr. 2 april 2009, nr. 07-14.900.

Cass. Fr. 16 oktober 2001, *Bull. civ.* 2001, I, nr. 257 ; *JCP* 2002, I, 134, nr. 4, met noot J. ROCHFELD.

Cass. Fr. 13 oktober 1993, *D.* 1994, 231

Cass. Fr. 25 november 1986, nr. 84-12796

Cass. Fr. 22 november 1976, *JCP* 1978, 18903 met noot B. STEMMER.

Cass. Fr. 28 mei 1974, *JCP* 1975, nr. 17911, met noot H. THUILLIER, *D.* 1975, *jur* 144, met noot A. PONSARD.

Cass. Fr. 8 december 1972, *D.* 1973, 662.

Cass. Fr. 21 juni 1967, *Bull. civ.* 1967, III, nr. 256.

Cass. Fr. 17 februari 1955, *D.* 1955, 469.

Cass. Fr. 8 februari 1937, *JCP*, II, 1937, 306.

Cass. Fr. 20 juni 1932, *S.* 1932, I, 335.

Cass. Fr. 26 juni 1905, *D.* 1906, I, 425.

Cass. Fr. 4 maart 1902, *D.* 1902, I, 214, *S.* 1902, 161, noot C. LYON-CAEN.

Cass. Fr. 14 mei 1900, *D.*, 1900, I, 358.

Cass. Fr. 8 november 1886, *D.* 1887, I, 48.

Cass. Fr. 14 november 1883, *D.* 1884, I, 73.

Cass. Fr. 19 februari 1878, *S.* 1878, I, 213.

Cass. Fr. 27 april 1874, *D.*, I, 318.

Versailles, 4 november 2010, *Legifrance*, 09/06167.

Colmar 24 juni 2008, n°04/00058.

Montpellier 8 april 2008, *Legifrance*, 07/3080.

Angers 12 mei 1980, *D.* 1982, 470.

Bijdragen in verzamelwerken [Duitsland]

KNOBBE-KEUK, B., “Verungelückte schenkungen” in BALLERSTEDT, K. en MANN, F.A. (eds.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Keulen, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 149-172.

WITZ, C., “Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière de droit allemand” in MARTINEK, M., SCHMIDT, J. en WADLE, E. (eds.), *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag. Vestigia Juris*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993, 556 p.