

ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

VOOGDIJ

Sven MOSSELMANS

Referendaris bij het Hof van Cassatie
Wetenschappelijk medewerker K.U.Leuven

2004



E. Story-Scientia

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 oktober 2004.

ISBN 90 4650 285 6
D 2004 2664 482

Verantwoordelijke uitgever: Daniel Lefebvre
Raghen Business Park
Motstraat 30
B-2800 Mechelen
Tel.: 0800/14500 (gratis oproepnummer)
www.kluwer.be

© 2004, Wolters Kluwer België
Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoud

	Blz.
INHOUD	V
AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN	XV
LITERATUURLIJST	XVII
	Nrs.
TITEL I VOOGDIJ EN HAAR KENMERKEN	1-37
Hfdst. I VOOGDIJ ALS ONDERSTEUNENDE MAATREGEL	1-13
Afd. I OPTIEK VAN DE WETGEVER	3-7
Afd. II MODERNISERING VAN HET VERMOGENSBEHEER	8-13
Hfdst. II KENMERKEN VAN DE VOOGDIJ	14-37
§ 1. Aard van de wettelijke bepalingen inzake de voogdij	14-16
§ 2. Enkelvoudig karakter van de voogdij	17-19
§ 3. Persoonlijk karakter van de voogdij	20-24
§ 4. Onverplicht karakter van de (toezieende) voogdij	25-27
§ 5. Onbezoldigd karakter van de voogdij	28
§ 6. Verantwoordelijkheid van de voogd	29-33
§ 7. Familiaal karakter van de voogdij	34-37
TITEL II BEGIN EN EINDE VAN DE VOOGDIJ	38-87
Hfdst. I ONTSTAAN VAN DE VOOGDIJ	38-57
§ 1. Beide ouders zijn overleden – Enige ouder is overleden	44-50
A. Afstamming staat vast ten aanzien van beide ouders	46-48
B. Afstamming staat vast ten aanzien van één ouder	49-50
§ 2. Beide ouders zijn wettelijk onbekend – Enige ouder is wettelijk onbekend	51-52
§ 3. Beide ouders zijn in de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen – Enige ouder is in de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen	53-55
§ 4. Intrekking van de ontvoogding	56-57
Hfdst. II VOORTDURENDE ONMOGELIJKHEID OM HET OUDERLIJK GEZAG UIT TE OEFENEN	58-76
§ 1. Afdoende bewijs van de voortdurende onmogelijkheid	61-64
§ 2. Feitelijk bewijs van de voortdurende onmogelijkheid	65-76
Hfdst. III ONTSTAAN VAN DE VOOGDIJ BIJ ADOPTIE	77-84
§ 1. Na gewone adoptie of volle adoptie door twee adoptanten	77-78
§ 2. Na gewone adoptie of volle adoptie door één adoptant van een kind, dat geen kind of adoptief kind is van zijn echtgenoot	79

§ 3.	Na stiefouderadoptie	80-82
	A. Na gewone stiefouderadoptie	80-81
	B. Na volle stiefouderadoptie	82
§ 4.	Na herroeping van de adoptie	83-84
Hfdst. IV	EINDE VAN DE VOOGDIJ	85-87
TITEL III	ORGANISATIE VAN DE VOOGDIJ	88-301
Hfdst. I	VREDERECHTER	88-108
Afd. I	VOOGDIJFORUM	88-103
§ 1.	Bevoegdheid van de vrederechter <i>ratione loci</i>	90-94
§ 2.	Bevoegdheid van de vrederechter <i>ratione materiae</i>	95-103
	A. Organisatie van de voogdij	96-101
	B. Toezicht op de voogdij	102-103
Afd. II	BEPERKTE VERANDERLIJKHEID VAN HET VOOGDIJFORUM	104-108
§ 1.	Principe	104-106
§ 2.	Uitzondering	107-108
Hfdst. II	DRINGENDE MAATREGELEN	109-114
Hfdst. III	VOOGD	115-301
Afd. I	KEUZE VAN DE VOOGD	115-187
§ 1.	Ouderlijke aanwijzing	115-178
	A. Aard van de door de ouder(s) opgedragen voogdij	118-124
	B. Afzonderlijke aanwijzing door de ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent	125-144
	1. Vormen	125-132
	a. Bij testament	125-128
	b. Bij verklaring voor de vrederechter	129-130
	c. Bij verklaring voor een notaris	131-132
	2. Ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent	133-141
	3. Herroeping van de afzonderlijke aanwijzing	142-144
	C. Gezamenlijke aanwijzing door beide ouders	145-157
	1. Vormen	147
	2. Gezamenlijk handelen van beide ouders	148-152
	3. Gezamenlijk wijzigen van de eerdere aanwijzing	153-154
	4. Eenzijdige herroeping van de gezamenlijke aanwijzing	155-157
	D. Keuzevrijheid van de ouders	158-164
	E. Communicatie	165
	F. Vrederechterlijke homologatie	166-174
	1. Preventieve controle	166-167
	2. Marginale controle	168
	3. Procedure	169-173
	4. Gedeeltelijke homologatie	174
	G. Geen door de ouder(s) opgedragen toezienende voogdij	175-176
	H. Ouderlijke aanwijzing komt te laat aan het licht	177-178
§ 2.	Benoeming door de vrederechter	179-184
§ 3.	Raadpleging van de familie	185-187
Afd. II	SPLITSING VAN DE VOOGDIJOPDRACHT	188-207
§ 1.	Uitgangspunt	188-189

INHOUD

VII

	§ 2. Uitzondering	190-192
	§ 3. Splitsingsmogelijkheden	193-199
	A. Door de wetgever geïmplementeerde hypothese	193
	B. <i>Quid</i> bij de aanwijzing van de voogd door de ouder(s)?	194
	C. Andere mogelijkheden	195-197
	D. Splitsing in de loop van de voogdij	198-199
	§ 4. Splitsing van de toezienende voogdij	200
	§ 5. Belang van de pupil	201-202
	§ 6. Onderling overleg	203-205
	§ 7. Betwisting tussen de (toezienende) voogden	206-207
Afd. III	ADMINISTRATIEVE VOOGDIJ	208-217
Afd. IV	GRONDEN VAN ONBEKWAAMHEID	218-242
	§ 1. Gronden van onbekwaamheid	218-225
	A. Kenmerken	218-221
	B. Toepassingsgebied	222-225
	§ 2. Personen die niet de vrije beschikking over hun goederen hebben	226-233
	A. Minderjarigen	227-229
	B. Geestesgestoorden	230-233
	§ 3. Personen ten aanzien van wie de jeugdrechtbank een van de maatregelen heeft bevolen die zijn bedoeld in de artikelen 29-32 van de Wet van 8 april 1965 "betreffende de jeugdbescherming"	234-237
	§ 4. Wettelijk onbekwame strafrechtelijk veroordeelden	238-242
Afd. V	GRONDEN TOT UITSLUITING EN ONTZETTING	243-288
	§ 1. Gronden tot uitsluiting en ontzetting	243-254
	A. Kenmerken	243-251
	B. Toepassingsgebied	252-254
	§ 2. Kennelijk wangedrag	255-258
	§ 3. Beheer getuigend van onbekwaamheid (ongeschiktheid) of ontrouw	259-266
	§ 4. Zij die zelf of van wie de echtgenoot, de wettelijk samenwonende, de feitelijk samenwonende, een bloedverwant in de opgaande lijn of een bloedverwant in de nederdalende lijn tegen de pupil een rechtsgeding voeren waarbij de staat van de pupil, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van zijn goederen zijn betrokken	267-274
	§ 5. Afzetting (art. 19 Sw.)	275-279
	§ 6. Ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten (art. 31-34 Sw.)	280-284
	§ 7. Artikelen 49 <i>juncto</i> 52, tweede lid Hyp. W.	285
	§ 8. Procedure tot ontzetting	286-288
Afd. VI	RECHTSOPVOLGERS VAN DE OVERLEDEN VOOGD	289-296
Afd. VII	VERVANGING VAN DE VOOGD	297-301
TITEL IV	TOEZIENDE VOOGDIJ	302-375
Hfdst. I	TOEZIENDE VOOGD	302-327
Afd. I	BEGRIIP "TOEZIENDE VOOGD"	302-306
Afd. II	BENOEMING VAN DE TOEZIENDE VOOGD	307-321
	§ 1. In elke voogdij fungeert een toezienende voogd	307

§ 2.	In de regel benoemt de vrederechter de toeziende voogd	308-309
§ 3.	Beoordelingsbevoegdheid van de vrederechter	310-312
	A. Regel	310
	B. Uitzondering	311-312
§ 4.	<i>Quid</i> indien niemand de toeziende voogdij aanvaardt?	313-314
§ 5.	Splitsingsmogelijkheden	315
§ 6.	Extrapolatie van de artikelen 396-399 B.W.	316-318
	A. Ontlasting van de toeziende voogd	316
	B. Onbekwaamheid, uitsluiting en ontzetting van de toeziende voogd	317-318
§ 7.	Bijzondere onbekwaamheid van de toeziende voogd	319-320
§ 8.	Geldt artikel 907 B.W. ook voor de toeziende voogd?	321
Afd. III	EINDE VAN DE TOEZIENDE VOOGDIJ(OPDRACHT)	322-327
§ 1.	Toeziende voogdij eindigt op hetzelfde tijdstip als de voogdij	322
§ 2.	Gevallen van beëindiging	323-327
	A. Gevallen van beëindiging aan de zijde van de pupil	324
	B. Gevallen van beëindiging aan de zijde van de voogd	325-326
	C. Gevallen van beëindiging aan de zijde van de toeziende voogd	327
Hfdst. II	TAKEN VAN DE TOEZIENDE VOOGD	328-375
Afd. I	AARD VAN DE AAN DE TOEZIENDE VOOGD TOEKOMENDE TAKEN	328-329
Afd. II	BELANGRIJKSTE TAAK VAN DE TOEZIENDE VOOGD	330-343
§ 1.	Toezicht houden op de voogd	330-331
§ 2.	Permanent toezicht	332-336
§ 3.	Belang van de pupil	337-338
§ 4.	Toepassingen	339-343
Afd. III	BIJKOMENDE OPDRACHT VAN DE TOEZIENDE VOOGD	344-363
§ 1.	Toeziende voogd vervangt de voogd	344-345
§ 2.	Belangentegenstelling	346-350
§ 3.	Moet dan steeds een toeziende voogd <i>ad hoc</i> worden aangesteld?	351-354
§ 4.	Belangentegenstelling én met de voogd én met de toeziende voogd	355-359
§ 5.	Belangentegenstelling enkel met de toeziende voogd	360-363
Afd. IV	TAAK VAN DE TOEZIENDE VOOGD BIJ HET OPENVALLEN VAN DE VOOGDIJ	364-367
§ 1.	Zelfs ingeval de voogdij openvalt vervangt de toeziende voogd de voogd niet van rechtswege	364
§ 2.	Wanneer valt de voogdij open?	365-366
§ 3.	Toeziende voogd doet een nieuwe voogd benoemen	367
Afd. V	VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE TOEZIENDE VOOGD	368-374
Afd. VI	WAARBORGEN TE VERSTREKKEN DOOR DE TOEZIENDE VOOGD	375
TITEL V	WERKING VAN DE VOOGDIJ	376-405
Hfdst. I	ZORG VOOR DE PERSOON EN DE OPVOEDING VAN DE PUPIL	376-382

Hfdst. II	BEHEER VAN DE GOEDEREN EN VERTEGENWOORDIGINGS- BEVOEGDHEID	383-402
	§ 1. Volheid van bevoegdheden aan de zijde van de voogd	383-389
	§ 2. Verantwoordelijkheid van de voogd	390-395
	§ 3. Delegatie van bevoegdheden	396-400
	§ 4. Inkomsten van de pupil	401-402
Hfdst. III	BETWISTING TUSSEN DE PUPIL EN ZIJN (TOEZIENDE) VOOGD	403-405
TITEL VI	VERMOGENSBEHEER	406-718
Hfdst. I	VERMOGENSBESCHRIJVING	406-427
	§ 1. Vermogensbeschrijving als uitgangspunt voor een goede werking van de voogdij	406
	§ 2. Huidige regeling is gegroeid uit een bestaande praktijk	407-411
	§ 3. Notarieel is de regel, onderhands de uitzondering	412-416
	§ 4. Summiere boedelbeschrijving	417
	§ 5. Aanwezigheid van de toezienende voogd	418-421
	§ 6. Vraag over de schulden van de pupil	422-423
	§ 7. Termijn	424
	§ 8. Sanctie	425-426
	§ 9. Geen verplichting meer tot verkoop van de roerende goederen	427
Hfdst. II	BASISBESCHIKKINGEN	428-445
	§ 1. Steeds herzienbare basisbeschikkingen ter omkadering van het vermogensbeheer	428-429
	§ 2. Bepaling van de jaarlijkse onderhouds- en opvoedingskosten en van de jaarlijkse beheerskosten	430
	§ 3. Precisering van de verplichting tot belegging van het inkomsten- saldo	431
	§ 4. Bepaling van de centrale (bank)instelling	432
	§ 5. Bepaling van de beleggingsvoorwaarden	433-435
	§ 6. Bepaling van de door de voogd te verstrekken waarborgen	436-441
	§ 7. Bepaling van maatregelen inzake een gebeurlijk aan de pupil toe- komende handelszaak, dan wel onderneming	442-445
Hfdst. III	REKENINGENBEHEER	446-463
Afd. I	REKENINGEN	446-452
	§ 1. Vermogensbeheer in het raam van een of meer rekeningen	446-448
	§ 2. Rekening(en) op naam van de pupil	449-452
Afd. II	BELEGGINGSVOORWAARDEN	453-463
	§ 1. Vrederechter bepaalt de beleggingsvoorwaarden	453-454
	§ 2. Kwijting van kapitalen	455-463
Hfdst. IV	MACHTIGINGSVEREISTE	464-650
Afd. I	IN DE REGEL BEHEERT DE VOOGD DE GOEDEREN VAN ZIJN PUPIL ZONDER NALEVING VAN BIJZONDERE VORMVER- EISTEN	464-465
Afd. II	VREDERECHTERLIJKE MACHTIGING	466-477

Afd. III	RELEVANTIE VAN ARTIKEL 410 B.W. WAT BETREFT DE UIT- OEFENING VAN HET OUDERLIJK GEZAG	478-479
Afd. IV	BELANGRIJKE RECHTSHANDELINGEN (WAARVOOR MACH- TIGING IS VEREIST)	480-643
§ 1.	Vervreemding van goederen van de pupil	480-541
A.	Machtigingsvereiste voor de vervreemding van goederen van de pupil	480-482
B.	Vervreemden	483-486
C.	Schenken en testeren	487-491
D.	Kan de pupil zelf giften doen?	492-495
E.	Door de wet zelf opgelegde vervreemding	496
F.	In beginsel vereiste openbare verkoping	497-502
G.	Onroerende goederen	503-525
1.	Verkoop van een volledig in eigendom aan de pupil toe- behorend onroerend goed	507-511
2.	Door de voogd voorgenomen verkoop van een onroerend goed waarin zijn pupil deelgerechtigd is	512-518
a.	Medegerechtigden gaan akkoord	513-514
b.	Medegerechtigden gaan niet akkoord	515-518
3.	Initiatief gaat uit van de (samen met de pupil) medege- rechtigden inzake de verkoop van een (onverdeeld) on- roerend goed	519-525
H.	Vervreemding van een onroerend goed dat afhangt van een aan de pupil toegevallen nalatenschap	526-529
I.	Vervreemding van een onroerend goed in onverdeeldheid tussen de pupil en een afwezige, een gefailleerde of een over- eenkomstig artikel 488 <i>bis</i> B.W. beschermde persoon	530-532
J.	Roerende goederen	533-536
K.	“Beschikken” over de goederen die onbeschikbaar zijn op grond van een beslissing genomen krachtens artikel 379 B.W., op grond van artikel 776 B.W. of overeenkomstig een beslis- sing van de familiaaraad genomen vóór de inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001	537-541
§ 2.	Vervreemding van souvenirs en persoonlijke voorwerpen	542-546
§ 3.	Verkrijging door de (toezijende) voogd van goederen van de pupil	547
§ 4.	Aankoop van een goed	548-555
A.	Aankoop van een onroerend goed	548-554
B.	Aankoop van een roerend goed	555
§ 5.	Hypotheekverstrekking of inpandgeving van goederen van de pu- pil	556-561
§ 6.	Aangaan van een lening	562-570
§ 7.	Sluiten van een gewone huurovereenkomst van meer dan negen jaar, sluiten dan wel hernieuwen van een handelshuurovereen- komst en sluiten van een pachtovereenkomst	571-580
§ 8.	Huur door de (toezijende) voogd van goederen van de pupil	581-582
§ 9.	Verwerping of aanvaarding van een nalatenschap, een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel	583-593
§ 10.	Aanvaarding van een schenking of een bijzonder legaat	594-602
§ 11.	Overeenkomst van onverdeeldheid aangaan	603-604
§ 12.	Optreden in rechte	605-630
A.	Optreden in rechte als verweerder	607
B.	Optreden in rechte als eiser	608-622
C.	Uitzonderingen	623-630
1.	Artikel 1150, tweede lid Ger. W.	624
2.	Artikel 1180, <i>sub</i> 1° Ger. W.	625
3.	Artikel 1206 Ger. W.	626-628

	4. Artikel 1187, tweede lid Ger. W.	629
	5. Burgerlijke partijstelling	630
	§ 13. Berusting in een vordering of in een rechterlijke beslissing	631-634
	§ 14. Aangaan van een dading en sluiten van een arbitrageovereenkomst	635-638
	§ 15. Voortzetting van de door de pupil verkregen handel	639-643
Afd. V	SANCTIE BIJ DE NIET-NALEVING VAN HET MACHTIGINGS- VEREISTE	644-650
Hfdst. V	VERKRIJGING EN INHUURNEMING DOOR DE (TOEZIENDE) VOOGD VAN GOEDEREN VAN DE PUPIL	651-662
Afd. I	VERKRIJGING DOOR DE (TOEZIENDE) VOOGD VAN GOEDE- REN VAN DE PUPIL	651-660
	§ 1. Principieel verbod voor de (toezienende) voogd om de goederen van zijn pupil te verkrijgen	651-653
	§ 2. Verkrijgen	654-656
	§ 3. Uitzonderingen	657-660
	A. Wet van 16 mei 1900 "tot erfregeling van de kleine nalaten- schappen"	657
	B. Wet van 29 augustus 1988 "op de erfregeling inzake land- bouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de conti- nuïteit"	658-659
	C. Verdeling	660
Afd. II	INHUURNEMING DOOR DE (TOEZIENDE) VOOGD VAN GOE- DEREN VAN DE PUPIL	661-662
Hfdst. VI	LINK MET HET OUDERLIJKE GOEDERENBEHEER	663-718
Afd. I	EXTRAPOLATIE VAN HET MACHTIGINGSVEREISTE BE- DOELD IN ARTIKEL 410 B.W.	663-668
Afd. II	BEVOEGDHEID VAN DE VREDERECHTER	669-679
	§ 1. Materiële bevoegdheid	669
	§ 2. Territoriale bevoegdheid	670-679
	A. Gemeen recht	670-672
	B. Uitdrukkelijke algemene regeling	673
	C. Mogelijkheid tot correctie	674-675
	D. <i>Quid</i> met de specifieke bevoegdheidsregels?	676-679
Afd. III	PROCEDURE	680-683
Afd. IV	DOOR DE OUDERS VERSCHULDIGD ROLRECHT	684
Afd. V	BELANGENTEGENSTELLING TUSSEN DE OUDERS ONDER- LING	685-686
Afd. VI	BELANGENTEGENSTELLING TUSSEN DE MINDERJARIGE EN ZIJN OUDERS	687-689
Afd. VII	UITZONDERING BEDOELD IN ARTIKEL 935, DERDE LID B.W.	690-692
Afd. VIII	KRITIEK	693-698

XII	INHOUD	
Afd. IX	ZEER FRAGMENTAIRE REPARATIE	699-701
Afd. X	VERWERPING OF AANVAARDING VAN EEN NALATEN- SCHAP, EEN ALGEMEEN LEGAAT OF EEN LEGAAT ONDER ALGEMENE TITEL	702-708
Afd. XI	VERVREEMDING VAN ROERENDE GOEDEREN VAN DE PU- PIL	709-716
Afd. XII	RICHTLIJN VOOR DE PRAKTIJK	717-718
TITEL VII VERANTWOORDINGSVERPLICHTING		719-826
Hfdst. I	PERIODIEKE VERANTWOORDINGSVERPLICHTING	719-727
Afd. I	JAARLIJKSE REKENING INZAKE HET BEHEER	719-725
Afd. II	AFSLUITING VAN DE VOOGDIJREKENINGEN BIJ VERVAN- GING VAN DE VOOGD	726-727
Hfdst. II	VERANTWOORDINGSVERPLICHTING BIJ HET EINDE VAN DE VOOGDIJ(OPDRACHT)	728-810
Afd. I	GEVALLEN VAN BEËINDIGING	728-737
	§ 1. Gevallen waarin de voogdijopdracht eindigt	730-735
	§ 2. Gevallen waarin de voogdij <i>in se</i> eindigt	736-737
Afd. II	DEFINITIEVE VOOGDIJREKENING	738-767
	§ 1. Wie legt verantwoording af?	739-742
	§ 2. Aan wie wordt verantwoording afgelegd?	743-750
	A. Ingeval de voogdijopdracht eindigt	743-746
	B. Ingeval de voogdij <i>in se</i> eindigt	747-750
	§ 3. Hoe wordt verantwoording afgelegd?	751-764
	§ 4. Kosten	765-767
Afd. III	OPRECHTHEID VAN DE (DEFINITIEVE) VOOGDIJREKENING	768-774
Afd. IV	BESCHIKKINGEN VAN DE PUPIL TEN VOORDELE VAN ZIJN VOOGD: LINK TUSSEN DE ARTIKELEN 416 B.W. EN 907 B.W.	775-810
	§ 1. Beschikkingen van de minderjarige pupil ten voordele van zijn voogd	775-781
	A. Situering van artikel 907, eerste lid B.W. binnen de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige	775-778
	B. Sanctie	779-781
	§ 2. Beschikkingen van de meerderjarig geworden pupil ten voordele van zijn (gewezen) voogd	782-792
	A. Onbekwaamheid vervat in artikel 907, tweede lid B.W.	782-783
	B. Overlegging en goedkeuring van de voogdijrekening	784
	C. Draagwijdte van artikel 907, tweede lid B.W. en verhouding tot artikel 416 B.W.	785-791
	D. Sanctie	792
	§ 3. Uitzonderingen op de twee voorafgaande bepalingen	793-797
	§ 4. Artikel 907 B.W. betreft enkel de "eigenlijke" voogdij	798-810
	A. Toeziende voogd	800

B. (Toeziende) voogd <i>ad hoc</i>	801
C. Ontlaste, onbekwame of ontzette voogd	802
D. Vervangen voogd	803-806
E. Erfgenamen van de voogd	807-809
F. Curator over de ontvoogde minderjarige	810
Hfdst. III GOEDKEURING VAN DE REKENING EN AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN	811-817
Hfdst. IV VERSCHULDIGD SALDO	818-820
Hfdst. V VERJARING	821-826
TITEL VIII VOOGDIJ IN INTERNATIONALE CONTEXT	827-885
Hfdst. I ALGEMEEN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT	827-839
§ 1. Gemeenrechtelijke verwijzingsregel	827-830
§ 2. Verdrag van 12 juni 1902 “tot regeling van de voogdij van minderjarigen”	831-832
§ 3. Wetboek van internationaal privaatrecht	833-839
Hfdst. II EUROPEES INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT	840-853
Hfdst. III VERDRAG VAN DEN HAAG VAN 19 OKTOBER 1996 “INZAKE DE BEVOEGDHEID, HET TOEPASSELIJKE RECHT, DE ERKENNING EN DWANGUITVOERING EN SAMENWERKING BETREFFENDE DE OUDERLIJKE VERANTWOORDELIJKHEID EN MAATREGELEN VAN KINDERBESCHERMING”	854-860
Hfdst. IV VOOGDIJ OVER DE NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELING	861-885
Afd. I PROBLEMATIEK VAN DE NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELING	861-863
Afd. II WET VAN 24 DECEMBER 2002	864-885
§ 1. Dienst Voogdij	865
§ 2. Toepassingsgebied	866
§ 3. Procedure	867
§ 4. Aanwijzing van de voogd	868-869
§ 5. Opdracht van de voogd	870-875
§ 6. Verantwoordingsverplichting van de voogd	876-879
§ 7. Toezicht	880-883
§ 8. Beëindiging van de voogdij	884-885
	Blz.
ZAAKREGISTER	521

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

Er werd afgekort en geciteerd volgens de aanbevelingen van de Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen (*Juridische verwijzingen en afkortingen*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1997, 203 p.).

Binnen elk hoofdstuk werd elke bron (minstens) eenmaal volledig weergegeven. De er op volgende verwijzingen (binnen hetzelfde hoofdstuk) naar dezelfde bron gebeurden met de afkortingen *a.w.* en *t.a.p.*

Voorts werden nagenoeg geen afkortingen gebruikt, tenzij in de tussen haakjes geplaatste tekst(gedeelten).

LITERATUURLIJST

- AMEZ, F. en PATART, D., *Nieuwe wetgeving inzake voogdij over minderjarigen*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 258 p.
- APS, F., “De procedures inzake voogdij en het hoorrecht van minderjarigen”, in SENAEVE, P., GERLO, J., LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 253-291, nrs. 570-658.
- BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, p. 869-907, nrs. 1402-1458.
- BAETEMAN, G., DELVA, W. en BAX, M., “Overzicht van rechtspraak (1964-1974): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1976, p. 499-508, nrs. 145-155.
- BAETEMAN, G. en GERLO, J., “Overzicht van rechtspraak (1975-1980): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1981, p. 940-943, nrs. 245-250.
- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., DE MULDER, W. en DE WIT, R., “Overzicht van rechtspraak (1981-1987): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1988, p. 611-615, nrs. 320-328.
- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., DE SAEDELEER, V. en JACOBS, K., “Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1994, p. 2338-2342, nrs. 515-525.
- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHULDEN G. en BROUWERS, S., “Overzicht van rechtspraak (1995-2000): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 2001, p. 2063-2071, nrs. 615-625.
- BAX, M., “Kroniek personen- en familierecht (1977-1979)”, *R.W.* 1979-80, 1760-1761, nr. 74.
- BOONE, K. en LEFEBVRE, S., “Beheer van de effectenportefeuille van een minderjarige”, *T. Fin. R.* 2003, p. 530-548.
- BYTTEBIER, J., “De wettelijke hypotheek volgens de nieuwe Voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2002, 156-163.
- CAPITAINE, C., “Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l’autorité parentale”, in LELEU, Y.-H. (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 135-177.
- CAPITAINE, C. en THIELEN, S., “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepservaringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 57 p.
- CAPITAINE, C. en THIELEN, S., “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in MAERTENS, S. en BENOIT, G. (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 93-147.
- CAPITAINE, C., “Quelques réflexions sur la loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs”, *Div. Act.* 2001, 92-97.

- CARENS, L., "Commentaar met betrekking tot de praktische toepassing van de recentste wetswijzigingen in verband met ouderlijk gezag en voogdij aan de hand van rechtspraak en voorbeelden", in MAERTENS, S. en BENOIT, G. (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 149-162.
- CASMAN, H., "De nieuwe voogdijwet", in *CBR Jaarboek 2001-02*, Antwerpen, Maklu, 2002, 19-85.
- CASMAN, H., "De nieuwe voogdijwet", *Not. Fisc. M.* 2001, 211-246.
- CASMAN, H., "De vrederechter en de persoon van de minderjarige - Enkele vraagpunten", in BAETEMAN, G. (ed.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 89-104, nrs. 14-53.
- CASMAN, H., "Mesures de programmation de la gestion du patrimoine de l'enfant", in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d'application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 1 p.
- CASMAN, H. en MASSON, J.-P., "La nouvelle législation sur la tutelle", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 7-68.
- CASTELEIN, Chr., "De reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij", in SENAËVE, P. en SWENNEN, F. (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 1-39, nrs. 1-96.
- CASTELEIN, Chr., "De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen", in SENAËVE, P. en SWENNEN, F. (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 41-99, nrs. 97-241.
- CLOSSET-MARCHAL, G., "Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé", in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d'application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 6 p.
- CLOSSET-MARCHAL, G., "La nouvelle tutelle: aspects de droit judiciaire privé", in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d'application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 15 p.
- COLIN, V., "La tutelle – Bref exposé de la réforme de 2001", *Waarvan akte*, 3-11.
- CRISPYN, P., "De hervorming van de voogdijregeling", *T.J.K.* 2001, 62-65.
- DEKKERS, R., "Des attributs de la tutelle", noot onder Cass. 7 mei 1954, *R.C.J.B.* 1954, p. 180-185, nrs. 1-10.
- DE BUSSCHERE, C., "Art. 392 B.W.", in GERLO, J., HEYVAERT, A. en SENAËVE, P. (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2002, 56 p.
- DE BUSSCHERE, C., "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *T. Not.* 2001, 350-454.
- DEBUSSCHER, E., "De verderzetting van een handelszaak", in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, 2002, 11 p.

- DEBUSSCHER, E., "De Wet van 13 februari 2003 tot wijziging van de voogdijwetgeving: een kort overzicht van de belangrijkste wetswijzigingen", *Waarvan Akte* 2003, 10-12.
- DEBUSSCHER, E., "Verderzetting van een handelszaak", in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 179-195.
- DEKKERS, R., *Handboek van burgerlijk recht*, I, *Inleiding – Personenrecht – Zakenrecht – Over-schrijving – Verjaring*, Brussel, Bruylant, 1956, p. 304-363, nrs. 468-577.
- DELFORGE, N., "Het sluiten van een huurovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet", *Waarvan Akte* 2003, 1-11.
- DELFORGE, N., "Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet", *Waarvan Akte* 2003, 12-19.
- DELFORGE, N. en VOETEN, I., "De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet", *Waarvan Akte* 2002, 11-20.
- DELFORGE, N. en VOETEN, I., "De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet", in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 77-98.
- DELFORGE, N. en VOETEN, I., "Het sluiten van een koopovereenkomst als verkoper of als koper", in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, 2002, 11 p.
- DE PAGE, H., herwerkt door MASSON, J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les per-sonnes*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 1147-1333, nrs. 1233-1448.
- DE WULF, Chr., "Erfenissen, schenkingen en legaten – Verzegeling en boedelbeschrijving – Ver-delingen", in SENAËVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 319-348, nrs. 717-784.
- ENGELS, Chr., "De wettelijke hypotheek van de minderjarigen en van de onbekwaamverklaar-den", in SENAËVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 349-380, nrs. 785-826.
- GALLUS, N., "Aspects civils du nouveau droit de la tutelle", in U.L.B. – Faculté de droit (ed.), *Droit familial et droit patrimonial de la famille*, Brussel, Bruylant, 2004, 7-61.
- GALLUS, N., "Aspects civils du nouveau droit de la tutelle", in LELEU, Y.-H. (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 179-240.
- GALLUS, N., "Chronique de jurisprudence (1982-1984): Les personnes", *J.T.* 1986, p. 203-204, nrs. 96-99.
- GALLUS, N., "La nouvelle loi sur la tutelle", *J.T.* 2002, 73-81.
- GALLUS, N., "Tutelle et administration légale: la réforme de la réforme", *Div. Act.* 2003, 75-78.
- GERLO, J., *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2000, p. 302-314, nrs. 776-822.
- GERLO, J., *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 314-326, nrs. 776-822.
- GODMAY, C. en GANTOIS, M., "La tutelle des mineurs à l'aube du XXIème siècle", in BENOIT, G., LIEVENS, F. en LOUSBERG, L. (eds.), *Compétences des Juges de Paix et des Juges de Police (1892-1992)*, Brugge, die Keure, 1992, 65-79.

- GRÉGOIRE, M., “La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d’autorité parentale et de tutelle”, *Rev. not. b.* 2002, 130-192.
- HEYVAERT, A., *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 104-123, nrs. 251-280y.
- KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 596-689, nrs. 658-776.
- LAMMERANT, I., “La tutelle des mineurs étrangers non accompagnés”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 423-437.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, IV, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 471-659, nrs. 361-543.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, V, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 5-208, nrs. 1-191.
- MASSON, J.-P., “Chronique de jurisprudence (1979-1981): Les personnes”, *J.T.* 1982, p. 470-471, nrs. 129-132.
- MASSON, J.-P., “Chronique de jurisprudence (1985-1990): Les personnes”, *J.T.* 1991, p. 435-436, nrs. 136-142.
- MASSON, J.-P., “Examen de jurisprudence (1984-1990): Les personnes”, *R.C.J.B.* 1992, p. 426-434, nrs. 25-34.
- MEULEMANS, D. en HENDRYCKX, D., “Het sluiten van een kredietovereenkomst als kredietnemer”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, 2002, 38 p.
- MEULEMANS, D. en HENDRYCKX, D., “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige (als kredietnemer)”, in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 29-76.
- MEULEMANS, D. en HENDRYCKX, D., “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige (als kredietnemer) – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet”, *T. Fin. R.* 2002, 2-29.
- MICHAUX, S., “Fonctionnement de la tutelle”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L’U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d’application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 2 p.
- MOREAU, T. en SOSSON, J., “La loi du 13 février 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens des mineurs”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 693-713.
- MOSSELMANS, S., “Artikelen 378, 389, 390, 391, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419 B.W.”, in GERLO, J., HEYVAERT, A. en SENAËVE, P. (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2002-03, 424 p.
- MOSSELMANS, S., “Het machtigingsvereiste in de zin van artikel 410 B.W.”, *Cahier ABG* 2004, Gent, Larcier, 2003, 111 p.
- MOSSELMANS, S., “Ouderlijk goederenbeheer na de nieuwe voogdijwetgeving”, *Not. Fisc. M.* 2003, 177-198.

- MOSSMANS, S., “Ouderlijk goederenbeheer anno 2003”, in MAERTENS, S. en BENOIT, G. (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 47-91.
- MOSSMANS, S., “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, in SENAËVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 101-252, nrs. 252-569.
- NUYTINCK, H., “De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk”, *T.P.R.* 1979, p. 29-63, nrs. 1-48.
- NUYTINCK, H., “La tutelle des mineurs dans les législations étrangères”, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 345-363.
- NUYTINCK, H. m.m.v. GOTZEN, R., *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 191 p.
- PATART, D., “L'incidence de la réforme de la tutelle sur l'inventaire des biens des mineurs”, *Rec. gén. enr. not.* 2002, nr. 25.293, p. 461-473.
- PINTENS, W., “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *T. Vred.* 2003, 123-139.
- PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français, I, Les personnes* (door SAVATIER, R. m.m.v. SAVATIER, J.), Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 485-676, nrs. 414-614.
- RENCHON, J.-L., “L'exercice de l'administration légale par le parent survivant – Contrôle de la gestion du parent survivant – Responsabilité du parent survivant”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d'application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 4 p.
- REUSENS, F., “Choix et désignation du tuteur”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d'application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 8 p.
- SENAËVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 175-215, nrs. 1217-1387.
- SENAËVE, P., “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, in SENAËVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 63-99, nrs. 169-251.
- SOSSON, J., “Administration légale conjointe”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d'application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 5 p.
- SIPAEPEN, A., “Het sluiten van een huurovereenkomst als verhuurder of als huurder”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, 2002, 28 p.
- SIPAEPEN, A., “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet”, in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 99-147.
- SIPAEPEN, A., “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *T. Huurr.* 2002, 3-28.

- SWENNEN, F., “Artikel 1187 Ger. W.: territoriaal bevoegde vrederechter en blokkering van aandeel in de verkoopprijs”, noot onder Westerlo 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1514-1515.
- SWENNEN, F., “Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij” en “Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter”, in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepservaringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 45 p.
- SWENNEN, F., “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1-65.
- SWENNEN, F., “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, in VEROUGSTRAETE, I., STORCK, CHR., KIRKPATRICK, J. en BRESSELEERS, G. (reds.), *Imperat Lex – Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 385-403.
- SWENNEN, F. en JANSSENS, K., “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, 1-21.
- SWENNEN, F. en MOSSELMANS, S., “Het machtigingsvereiste bij toegang voor de ouders tot gelden van hun minderjarige kinderen”, noot onder Vred. Gent (vijfde kanton) 9 september 2003, *R.W.* 2003-04, 829-831.
- SWENNEN, F. en ROBERT, T., “De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta*”, preadvies naar aanleiding van het 41^{ste} Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging op 11 juni 2004 aangaande toezichthouders in het recht, *R.W.* 2003-04, 1614-1631.
- SWERTS, K., “De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta*”, verslag van de 4^{de} sectievergadering op het 41^{ste} Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging op 11 juni 2004 aangaande toezichthouders in het recht, *R.W.* 2004-05, 214-216.
- THIELEN, S., “Actes soumis à autorisation: catalogue et controverses”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L’U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d’application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 6 p.
- THIELEN, S., “Administration légale et tutelle: actes soumis à autorisation”, in LELEU, Y.-H. (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 93-134.
- TOLLENAERE, V., “Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, 2002, 20 p.
- TOLLENAERE, V., “Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter met betrekking tot onroerende goederen”, in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 197-230.
- TOLLENAERE, V., “Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter met betrekking tot onroerende goederen”, *P&B* 2002, 86-99.
- UGEUX, G., *Manuel du tuteur d’enfants mineurs*, Brussel, L’Avenir Bruxelles, 1943, 68 p.
- VAN DEN BERGHE, G., “Over de noodzakelijkheid ener tussenkomst van de wetgever in de omvang van de bewindsbevoegdheid van de voogd”, *R.W.* 1953-54, 465-476.
- VAN DEN BERGH, G., “Voogd, Voogd *ad hoc*, Toeziende voogd, Toeziende voogd *ad hoc*”, *R.W.* 1948-49, 801-806.

- VAN DEN PLAS, U., "Nieuwe opdracht voor de griffier – Waakzaamheid bij het inschrijven van een dossier", *De Schakel* 2004, afl. 68, 12-16.
- VAN DEN PLAS, U., "Praktische wenken bij het optreden van de vredege rechten met nieuwe modellen voor de rechtspraktijk", in SENAEVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 381-498, nrs. 827-978.
- VAN GYSEL, A.-Ch., "Chronique de législation – Droit des personnes et de la famille (janvier 2001 -juin 2001)", *J.T.* 2001, 706.
- VAN GYSEL, A.-Ch., "Un bouquet final aux couleurs d'arc-en-ciel", *Div. Act.* 2003, 71.
- VAN OOSTERWYCK, G., "Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding", in BAETEMAN, G. (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 226-243, nrs. 306-334.
- VAN RANSBEECK, R., "Enkele algemene verbintenisrechtelijke aspecten van de nieuwe voogdijwet met betrekking tot het aangaan van vastgoedcontracten door minderjarigen", in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 1-27.
- VERHAEGEN, B., "De wettelijke vertegenwoordiging van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen", *Jura Falc.* 2003-04, 873-906.
- VERRYCKEN, M., "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, p. 1423-1549, nrs. 1-183.
- VERRYCKEN, M., "De toepassing van de wetten van 27 maart 2001 en 29 april 2001", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 67-87.
- VERRYCKEN, M., "Openvallen en organisatie van de voogdij", in SENAEVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 1-62, nrs. 1-168.
- VERSCHELDEN, G., "Beheer goederen minderjarigen gestroomlijnd", *De Juristenkrant* 2003, afl. 71, 13.
- VERSCHELDEN, G., "De aanpassing van het beschermingsregime inzake het beheer van de goederen van minderjarigen", *T.V.W.* 2003, 249-253.
- VERSCHELDEN, G., "De Wet van 13 februari 2003 inzake het beheer van de goederen van minderjarigen: een reparatiewet met belangrijke gevolgen", *T.J.K.* 2003, 136-141.
- VERSCHELDEN, G., "Personen- en familierecht", in INSTITUUT NOTARIEEL RECHT RECHTSFACULTEIT GENT (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat, V, Familierecht*, Brugge, die Keure, 2004, p. 50-63, nrs. 93-128.
- VERSTRAETE, J., "Schenken aan minderjarigen", in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 149-177.
- VERSTRAETE, J., "Schenken aan minderjarigen", *Waarvan Akte* 2002, 46-60.
- VERSTRAETE, J., "De schenking van een onroerend goed aan een minderjarige", in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, 2002, 18 p.
- VIEUJEAN, E., "Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2003, p. 8-17, nrs. 6-15.

- VIEUJEAN, E., “Examen de jurisprudence (1960-1964): Personnes et biens”, *R.C.J.B.* 1966, p. 221-226, nrs. 48-51.
- VIEUJEAN, E., “Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes”, *R.C.J.B.* 1977, p. 515-527, nrs. 13-30.
- VIEUJEAN, E., “Examen de jurisprudence (1976-1982): Personnes”, *R.C.J.B.* 1985, p. 508-534, nrs. 18-37.
- VIEUJEAN, E., “La nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage du notariat*, XXXIV, Brussel, Larcier, 2001, 393-451.
- VIEUJEAN, E., “L’impossibilité durable d’exercer l’autorité parentale et la destitution de l’autorité parentale – La relation tutelle et protutelle” en “Désaccord des parents et oppositions d’intérêts”, in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepsveraringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 13 p.
- VIEUJEAN, E., “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police – cahier nr. 31*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 2000, 65 p.
- VOISIN, L., “L’administration légale par le parent survivant – L’acceptation de la succession”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L’U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d’application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 3 p.
- WUYTS, T., “Recente ontwikkelingen inzake het goederenbeheer door de ouder(s), de voogd en de voorlopige bewindvoerder”, in P. SENAËVE (ed.), *Themischahier – Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2004, 29-53.
- WYLLEMAN, A., “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, in SENAËVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 293-318, nrs. 659-716.
- WYLLEMAN, A., “Over de kosten van machtigingsverzoeken in het kader van het ouderlijke goederenbeheer”, noot onder Arbitragehof 6 november 2002, *R.A.B.G.* 2004, 513-516.

Vóór de nieuwe voogdijwetgeving van 27 maart en 29 april 2001

- BAERT, G., *Familieraad*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1963, 160 p.
- BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, I, art. 1-515, Brussel, Bruylant, 1905, 489-602.
- CAMPIONI, C., “La tutelle des mineurs à travers les âges en Belgique – Notes historiques”, *J.J.P.* 1905, 214-229.
- COLIN, A. en CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, I, Parijs, Dalloz, 1921, 475-530.
- DEKKERS, R., *Handboek van burgerlijk recht*, I, *Inleiding – Personenrecht – Zakenrecht – Overschrijving – Verjaring*, Brussel, Bruylant, 1956, p. 304-363, nrs. 468-577.
- DE LEUZE, J., “Conseil de famille – étude théorique et pratique”, *J.J.P.* 1899, 147-159.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon*, VII, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l’émancipation*, Parijs, Durand-Hachette et Cie, 1870, p. 7-610, nrs. 15-825.

- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon, VIII, Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, Durand-Hachette et Cie, 1870, p. 1-147, nrs. 1-176.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 53-240, nrs. 33-250.
- GALLUS, N., “Chronique de jurisprudence (1982-1984): Les personnes”, *J.T.* 1986, p. 203-204, nrs. 96-99.
- GEVERS, M., *La tutelle et l'administration légale – Essai de réforme*, Brussel/Parijs, Bruylant/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1947, 171 p.
- GODMAY, C. en GANTOIS, M., “La tutelle des mineurs à l'aube du XXI^{ème} siècle”, in BENOIT, G., LIEVENS, F. en LOUSBERG, L. (eds.), *Compétences des Juges de Paix et des Juges de Police (1892-1992)*, Brugge, die Keure, 1992, 65-79.
- HEYVAERT, A., *Cursus personen-, gezins- en familierecht*, Antwerpen, U.I.A., 1989-1990, p. 106-125, nrs. 187-234.
- LOCÉRÉ, M., *Législation civile, commerciale et criminelle*, III, *Code civil (art. 312-515)*, Brussel, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, 349-455.
- MERCIER, J., “Tutelle et tutelle officieuse”, *J.J.P.* 1900, 129-131.
- MOSSSELMANS, S., “Oude artikelen 390, 395, 402, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 444, 445, 446, 447, 448 en 449 B.W.”, in GERLO, J., HEYVAERT, A. en SENAËVE, P. (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1998, 288 p.
- NOLF, J., “Moderne familieraden op zoek naar hun bevoegde vrederechter – Artikel 406 B.W. en het onveranderlijke voogdijforum”, *T. Vred.* 1996, 368-373.
- NUYTINCK, H., “De vrederechter en de familieraad in de praktijk van de voogdij over minderjarigen (art. 406-416 B.W.)”, *T. Vred.* 1980, p. 3-13, nrs. 1-10.
- NUYTINCK, H., “Het recht van bewaring: de bevoegdheid van de voogd, de familieraad, de rechtbank”, noot onder Rb. Turnhout 28 oktober 1976, *R.W.* 1978-79, 1103-1105, nrs. 1-8.
- Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle des mineurs*, Brussel, Larcier, 1930, 1-176.
- Pand. b.*, XXIV, tw. *Conseil de famille*, Brussel, Larcier, 1887, 593-736.
- PAUWELS, Ach., “Familieraad en voogdijraad”, *T. Vred.* 1958, p. 161-169, nrs. 1-13.
- R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, Tutelle, Emancipation*, Brussel/Parijs, Bruylant/Librairie générale de droit, 1936, 216-377.
- SENAËVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 445-466, nrs. 1217-1304.
- VAN ASSCHE, J., *De minderjarigheid in haer gansch tydvak voorgedragen: beredeneerde verhandeling over de minderjarigheid, de vaderlyke magt, de voogdy en ontvoogding, in betrekking gesteld met de wetten van 12 july 1816 en van 16 december 1851*, Gent, Vanderhaeghen, 1855, 203 p.

TITEL I
VOOGDIJ EN HAAR KENMERKEN

HOOFDSTUK I

VOOGDIJ ALS ONDERSTEUNENDE MAATREGEL

1 De voogdij is voornamelijk een begeleidingsregeling, dan wel een privaatrechtelijk gezagsinstituut (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, “Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1994, p. 2338, nr. 515). De voogdij strekt tot bescherming van de (niet-ontvoogde) minderjarige, indien zijn beide ouders overleden zijn, indien zij wettelijk onbekend zijn of indien zij in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 389 B.W.). Een combinatie van een en ander is ook mogelijk. De voogdij strekt evenzeer tot bescherming van de (niet-ontvoogde) minderjarige, wiens enige ouder overleden is, wettelijk onbekend is of in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen.

Bij (gedeeltelijke) extrapolatie strekt de voogdijregeling tevens tot bescherming van de ontvoogde minderjarigen (art. 483-484, eerste lid B.W.; zie bv. Rb. Kortrijk 12 februari 1980, *T. Not.* 1980, 271; Rb. Kortrijk 18 september 1984, *T. Not.* 1985, 70, noot H. DU FAUX) dan wel van de minderjarigen ten aanzien van wie de (gerechtelijke) ontvoogding is ingetrokken (art. 486 B.W.), de verlengd minderjarig verklaarden (art. 487^{quater}, eerste en vierde lid B.W.; zie terzake: P. SENAEVE, “Een kwart eeuw toepassing van de wet op de verlengde minderjarigheid”, in P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 217-228, nrs. 442-470; E. VIEUJEAN, “L’impossibilité durable d’exercer l’autorité parentale et la destitution de l’autorité parentale – La relation tutelle et protutelle” en “Désaccord des parents et oppositions d’intérêts”, in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepservaringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 3-5) en de gerechtelijk onbekwaam verklaarde geesteszieken (art. 509, eerste lid B.W.).

Ten onrechte handelt artikel 486 B.W. uitsluitend over de voogdij, daar waar de bedoelde minderjarige, in voorkomend geval, evengoed opnieuw onder ouderlijk gezag kan komen (P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 242, nr. 1485).

Gemakshalve wordt de te beschermen persoon hierna meestal als pupil aangeduid.

2 Het voogdijrecht is zeer grondig hervormd bij Wetten van 27 maart en 29 april 2001 respectievelijk “tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de voogdij over minderjarigen” en “tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen” (*B.S.* 31 mei 2001, 18.177-18.196). Beide wetten zijn in werking getreden “de eerste dag van de derde maand na die waarin ze is bekend gemaakt” en meer precies op 1 augustus 2001.

Bij Wet van 13 februari 2003 “tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de bescherming van de goederen van de minderjarigen” repareerde de wetgever een en ander (*B.S.* 25 maart 2003, 14.334-14.336). Deze Reparatiewet is in werking getreden op 4 april 2003.

De bedoelde Wetten van 27 maart en 29 april 2001 en van 13 februari 2003 worden hierna gewoon bij datum vermeld.

AFDELING I

OPTIEK VAN DE WETGEVER

3 Met het wegvallen van de zogeheten “gedeeltelijke voogdij” sluit de voogdij niet langer aan bij het ouderlijk gezag, maar betreft het, juridisch gezien, een volwaardig alternatief. Sedert 1 augustus 2001, datum van inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001, kan de voogdij worden omschreven als een privaatrechtelijke rechtsregeling waarbij aan een of meerdere voogden de (inzonderheid door de vrederechter, zo ook door de toezienende voogd en door het Openbaar Ministerie) gecontroleerde bevoegdheid wordt toegekend om enerzijds het gezag over de persoon van de pupil en anderzijds het wettelijk beheer over zijn goederen waar te nemen in de specifieke wettelijk omschreven hypothesen.

Zie wat de controle door het openbaar ministerie betreft: M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1521-1522, nr. 148.

De thans in artikel 395 § 1, eerste lid B.W. bepaalde splitsing van voogdijbevoegdheden zou, naar de tekst van de wet, enkel in “uitzonderlijke omstandigheden” mogelijk zijn. Deze uitzonderlijke omstandigheden mogen vrij ruim worden uitgelegd, zij het telkenmale met het belang van de pupil voor ogen. In die optiek kan niet enkel de omvang, maar ook de specificiteit van het te beheren vermogen (dat aldus enige deskundigheid vereist) een splitsing van de voogdijopdracht verantwoorden.

Zie reeds: Cass. 7 mei 1954, *R.C.J.B.* 1954, 176; Vred. Sint-Gillis 27 februari 1990, *T.Vred.* 1990, 148 (met noot) inzake de voorlopige aanstelling van twee voogden op twee geografisch onderscheiden plaatsen.

Zie ook: F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 8-9, nrs. 38-40.

Krachtens artikel 396, eerste lid B.W. is niemand nog verplicht om een (toezienende) voogdijopdracht op zich te nemen, nu een gedwongen voogdij de belangen van de pupil geenszins dient.

Vgl.: het oude artikel 432 B.W.; zie terzake ook: C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *R.W.* 1992-93, p. 275-276, nrs. 8-10 en p. 290-291, nrs. 73-75.

Vandaar ook dat de in artikel 392 B.W. bepaalde ouderlijke keuzemogelijkheid bij de aanwijzing

van een voogd (voor na hun overlijden) aan een (strikt) marginale toetsing van de vrederechter is onderworpen: de vrederechter verifieert de keuze in het optimale belang van de pupil, hij verifieert ook de “welbereidheid” van de aangeduide voogd (zie ook: H. CASMAN, “Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle”, in *Verslagboek studiedag inzake voogdij ULB-VUB*, Brussel, 2001, p. 2, voetnoot 2).

4 De (voornamelijk) in het Burgerlijk Wetboek (met inbegrip van Boek III, Titel XVIII inzake “voorrechten en hypotheke”) en in het Gerechtelijk Wetboek bepaalde regeling was veelomvattend en zeer gedetailleerd, dit niet alleen wat het gezag over de persoon maar ook wat het vermogensbeheer betreft.

Dit is historisch te begrijpen daar het ten tijde van het ontstaan van de Code Napoléon veel meer gebeurde dat kinderen, vóór het bereiken van de toen nog hoger liggende meerderjarigheidsgrens, één of beide ouders verloren. Anders dan nu, ging men toen ook indien de pupil (nog) maar één ouder had tot inrichting van de voogdij over.

Zie voor een historische bespreking: C. CAMPIONI, “La tutelle des mineurs à travers les âges en Belgique – notes historiques”, *J.J.P.* 1905, 214-229.

Zie over (de aanloop naar) de verlaagde meerderjarigheidsgrens: H. NUYTINCK en J.M. PAUWELS, “Voorstellen betreffende het wetsontwerp tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar”, *R.W.* 1975-76, 1329-1339; J. SMETS, “De verlaging van de meerderjarigheid”, *Panopticon* 1989, 378-382.

Men spitste de voogdijregeling dan toe op de belangrijke (onroerende) goederen en op de stabiliteit van de vaste inkomsten. De Code Napoléon bracht terzake voor de meeste streken geen nieuw recht. Er werd een keuze gemaakt tussen de verscheidene costuymen, ordonnantiën en zogenaamde (Romeinse) wetten die tot vóór de Franse Revolutie in de verschillende streken van Frankrijk golden (M. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, III, *Code civil (art. 312-515)*, Brussel, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, 416-426 (Verslag van M. HUGUET aan het Tribunaat (zitting van 3 *germinal* XI)) en 426-431 (Toespraak van M. LEROY voor het Tribunaat (zitting van 5 *germinal* XI)); E. VAN DIEVOET, *Het Burgerlijk Recht in België en in Nederland van 1800 tot 1904*, Antwerpen, De Rechtsbronnen, 1943, 3). Het betrof veeleer een coördinatie en eenmaking van rechtsregelen, dan wel een echte hervorming. Aan de basis van het in 1804 gecodificeerde voogdijrecht lag dan ook niet meer dan een studie van rechtsvergelijkende aard. Wel kende het Burgerlijk Wetboek, in vergelijking tot het oud-Franse recht, aan de voogdij een in hogere mate familiaal karakter toe, dat werd onderstreept door de samenstelling en de rol van de familieraad (A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 598, nr. 662).

5 Ook al waren de samenstellers van het Burgerlijk Wetboek Franse praktijkjuristen, die zich bij hun keuze hebben laten leiden door hun ervaringen met de bestaande wetten en gewoonten, toch kon de sinds geruime tijd bestaande kloof tussen de thans vervangen voogdijregeling en haar toepassing in de praktijk moeilijk worden ontkend. Tevergeefs wezen meerdere auteurs en

praktizijnen op het verouderde karakter van de voogdijwetgeving en op de nood aan hervorming.

Zie bv.:

- C. DAUBANTON (gewezen hoofdgriffier van het Vrederegerecht te Marchienne-au-Pont), “L’inscription hypothécaire tutélaire”, *T.Vred.* 1987, 194;
- M. GEVERS, *La tutelle et l’administration légale – Essai de réforme*, Brussel/Parijs, Bruylant/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1947, 171 p., die toen reeds een diepe kloof tussen het positieve recht en de economische en sociale eisen van de praktijk vaststelde;
- Ach. PAUWELS, “Familieraad en voogdijraad”, *T.Vred.* 1958, p. 161-169, nrs. 1-13, die wijst op een aantal “paralegale” praktijken in het voogdijrecht en dientengevolge een aantal voorstellen formuleert om die feitelijke toestand wettelijk te bekrachtigen;
- H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 191 p. Op basis van een zeer grondig praktijkonderzoek wordt een voortreffelijk voorstel tot hervorming geformuleerd. Ook deze auteurs komen tot het besluit om de voogdijregeling best voor te behouden voor minderjarigen die geen enkele ouder hebben. In dat geval zou de familieraad geen rol (meer) spelen, maar zou veeleer de vrederechter het belangrijkste controle-orgaan worden (wat hij feitelijk toch al is), bijgestaan door een toeziende voogd (wiens functie zou worden gerevaloriseerd). Verder beklemtonen de auteurs de noodzaak om in een hervormde voogdijwetgeving de zorg voor de persoon van het kind centraal te stellen. Dat (ook) dit op een alomvattende wijze uitgewerkt voorstel tot hervorming als ware inspiratiebron voor de in 2001 doorgevoerde hervorming heeft gediend, staat buiten kijf (zie uitdrukkelijk: *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 6 en *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 9).

Vóór de in 2001 doorgevoerde (globale) hervorming beoogden slechts een gering aantal wetten een uitdrukkelijke wijziging (zie: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 13-21, alwaar de evolutie van de bepalingen van het voogdijrecht in het Burgerlijk Wetboek uitvoerig wordt overlopen tot 1983). Enkel de Wet van 10 augustus 1909 (opheffing van enkele discriminaties ten aanzien van “de voogdes”), de Wet van 7 maart 1938 (inrichting van de voogdij over *natuurlijke* kinderen), de Wet van 10 maart 1975 (opheffing van de laatste discriminaties ten aanzien van de vrouw) en de Wet van 31 maart 1987 (gelijkschakeling van huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen) pakten rechtstreeks (slechts) een bepaald aspect van de voogdijwetgeving aan. Voornamelijk de beginbepalingen, die de aanstelling van de voogd regelen, werden gewijzigd, zij het op een zeer fragmentarische wijze. Hierdoor kende de eerste afdeling van het hoofdstuk “VOOGDIJ” een zeer onsamenvattend karakter.

De regels inzake de organisatie van de familieraad (oude art. 406-419 B.W.), de toeziende voogd (oude art. 420-426 B.W.), de redenen die van de voogdij vrijstellen, uitsluiten of ontzetten (oude art. 427-449 B.W.), de eigenlijke werking van de voogdij (oude art. 450-468 B.W.) en de voogdijrekeningen (oude art. 469-475 B.W.) zijn daarentegen steeds grotendeels dezelfde gebleven, hetgeen op de globale voogdijwetgeving de alom gekende onnoemelijk verouderde stempel drukte.

6 Het is dus geenszins verwonderlijk dat de praktijk een aantal niet te verwaarlozen gewoonteregels heeft ontwikkeld. Vele wettelijke bepalingen inzake voogdij dienden dan ook met deze gewoonteregels te worden samengelezen, dan wel aangevuld en gebeurlijk zelfs vervangen. De oude bepalingen

waren dermate ingewikkeld, strikt formalistisch en leidden bovendien tot zoveel kosten dat ze niet nauwgezet konden worden nageleefd. In een aantal gevallen bleek een doeltreffend beheer door de voogd gewoon onmogelijk te zijn als de letter van de wet moest worden nageleefd. De strakke vormvoorschriften werkten bovendien een aanzienlijke vertraging van het vermogensbeheer in de hand.

7 Ook los van hun wezenlijk onpraktisch en zodoende onwerkbaar karakter, waren de oude bepalingen allerminst aangepast aan de actuele socio-economische realiteit (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 2). Zoals vermeld, zijn de meeste bepalingen, ook inzake de werking van de voogdij, niet gewijzigd sedert de invoering van de Code Napoléon, toen het de wetgever er nog vooral om te doen was het familievermogen in stand te houden. Voogdij werd dan ook inzonderheid als strekkende tot vermogensbeheer aangezien. Het was hoofdzakelijk gericht op het beheer van de goederen van de pupil. De oude regeling steunde op de familie in de ruime zin van het woord, waarbij de familieraad ertoe strekte de grootouders en de verdere bloedverwanten in de zijlijn een rol te laten spelen.

Thans is het gezinsleven doorgaans beperkt tot het kerngezin, bestaande uit de ouders en hun kinderen, vaak in regelmatig contact met de grootouders en gebeurlijk, doch in veel mindere mate, met de ooms en tantes (R. DE CORTE, *Privaatrecht – Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2000, p. 325, nr. 956; R. DILLEMANS, “Het gezin op de grenzen van het recht”, *T.P.R.* 1985, 517-535). Met de aanverwanten zijn de banden hoe dan ook minder nauw (P. CRISPYN, “De hervorming van de voogdijregeling”, *T.J.K.* 2001, 63). Het familievermogen heeft als economische basis van het gezin veelal aan belang ingeboet en is vervangen door los van de familie(banden) verworven inkomsten. Het familievermogen is met andere woorden niet langer economisch van levensbelang voor het gezin. Verder stijgt de persoon van het kind in aanzien, meer dan zijn vermogen. De voogdij moet dus in de eerste plaats een instituut zijn om de persoon van de pupil te beschermen en in de tweede plaats een instituut om diens goederen te beheren.

AFDELING II

MODERNISERING VAN HET VERMOGENSBEHEER

8 Het voormelde verklaart niet enkel de verruimde aandacht voor de persoon van de pupil, maar ook de fundamentele optie van de wetgever om het bedoelde vermogensbeheer te “moderniseren”, met andere woorden aan te passen aan de huidige socio-economische context. Zo heeft de kloof tussen de oude wetgeving en haar toepassing in de praktijk uiteindelijk geleid tot de afschaffing van de familieraad.

9 De regeling inzake het beheer van de goederen van de pupil wordt herschikt gelet op de vereisten van de huidige samenleving, inzonderheid door de voogd toe te staan sneller de beslissingen te nemen die voor een adequaat vermogensbeheer nodig zijn. De ruim tien jaar in voege zijnde Wet van 18 juli 1991 “betreffende de bescherming van de goederen van de personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren” (art. 488*bis*, a tot k B.W.; *B.S.* 25 juli 1991, in werking getreden op 28 juli 1991, intussen herschreven bij Wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind, *B.S.* 31 december 2003; K. BOONE, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *T.V.W.* 2004, 65-72; D. CHEVALIER, “L’article 488*bis* nouveau du Code civil: l’administration provisoire en péril?”, *J.T.* 2004, 179-180; N. GALLUS, “La réforme de l’administration provisoire – Un pas supplémentaire vers l’uniformisation du droit des incapables”, *Journ. jur.* 2004, afl. 28, 4; N. LABEEUW, “Wet van 3 mei 2003 op het voorlopig bewind”, *Nieuwsbrief Notariaat* 2004, nr. 4, p. 1-7; A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003”, in V.R.G. Alumni (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 23-48; F. SWENNEN, “Het voorlopig bewind hervormd”, *R.W.* 2004-05, 1-17; A. WITTENS, “Voorlopig bewind: *Le Beaujolais nouveau est arrivé ...* maar kan nog niet gedronken worden”, *Not. Fisc. M.* 2003, 283-290) heeft een inspirerende werking (zie ook: F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 53-54, nr. 103; A.-Ch. VAN GYSEL, “Chronique de législation – Droit des personnes et de la famille (janvier 2001-juin 2001)”, *J.T.* 2001, 706; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1543-1544, nr. 183).

10 Een noodzakelijke controle op de handelwijze van de voogd blijft evenwel voorhanden.

Hierbij vervult de vrederechter een centrale rol (zie reeds: Ach. PAUWELS, *t.a.p.*, 161-169). Hij fungeert als nagenoeg “natuurlijke” rechter van de minderjarigen en andere beschermde personen en behoeder van hun belangen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 14).

Zie over de bedoelde rol van de vrederechter: E. KRINGS, “Woord vooraf”, in G. BAETEMAN (ed.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, Story-Scientia, 1992, XIII-XIV; G. VAN OOSTERWYCK, “Enkele raakpunten tussen huwelijksgoederenrecht en voorlopig bewind”, in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, p. 750-754, nr. 2; G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, in *Liber amicorum Prof. dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen België, 1997, p. 288-290, nr. 3 en p. 310-311, nr. 22.

Krachtens artikel 390, eerste en tweede lid B.W. behoort de organisatie en het toezicht op de voogdij tot de in beginsel onveranderlijke bevoegdheid van de vrederechter van de woonplaats van de pupil als bepaald bij artikel 36 Ger.W. of, bij gebreke van woonplaats, tot de bevoegdheid van de vrederechter van de verblijfplaats van de pupil (vgl.: Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53,

noot C. DE BUSSCHERE). Krachtens artikel 108, tweede lid B.W. heeft de pupil weliswaar zijn woonplaats bij zijn voogd, maar die stemt niet noodzakelijk overeen met de zogeheten “voogdijwoonplaats”, zijnde de woonplaats van de pupil ten tijde van de aanduiding van de voogd die de bevoegdheid van de vrederechter bepaalt (J. NOLF, “Moderne familieraden op zoek naar hun bevoegde vrederechter – Art. 406 B.W. en het onveranderlijke voogdijforum”, *T.Vred.* 1996, 368-373; M. VERRYCKEN, “Onbekwamen”, *T.P.R.* 1985, p. 496, nr. 7). In het belang van de pupil kan de aldus bevoegde vrederechter, op verzoek van de voogd dan wel ambtshalve, (op een voor de verwijzingsrechter bindende wijze) bevelen dat de voogdij wordt overgebracht naar de (nieuwe) woonplaats of de (nieuwe) verblijfplaats van de (nieuwe) voogd (art. 390, derde lid B.W.).

Zie over de onveranderlijke bevoegdheid onder het oude recht: Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 218; Brussel 14 januari 1957, *J.T.* 1958, 40.

Vgl. inzake het voorlopig bewind: Arrondrb. Brussel 2 mei 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1162, noot G. DE LEVAL; Arrondrb. Brussel 3 april 1995, *J.T.* 1995, 547; Arrondrb. Brussel 6 november 1995, *Pas.* 1995, III, 43; Arrondrb. 27 juni 1996, *J.L.M.B.* 1997, 987; J. LAENENS, “Procesrechtelijke aspecten inzake bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind”, in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestsgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 144-146, nrs. 328-330; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 152-153, nrs. 328-329.

Bij de aanvang van de voogdij biedt de voogd hem een overzicht van het te beheren vermogen (art. 406 B.W.). In functie daarvan neemt de vrederechter een aantal (voor aanpassing vatbare) basisbeschikkingen (art. 407 B.W.; C. CAPITAINE en S. THIELEN, “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 109). Aldus bepaalt de vrederechter het maximale bedrag dat de voogd jaarlijks uit de inkomsten van de pupil mag besteden aan diens onderhoud en opvoeding, de maximale kost die het vermogensbeheer per jaar met zich mag brengen en het bedrag vanaf welk voor de voogd de verplichting begint om het saldo van de inkomsten boven de uitgaven te beleggen alsook de voorwaarden waaronder deze belegging moet geschieden. Verder preciseert de vrederechter de (bank)instelling waar de benodigde rekeningen van de pupil worden geopend, zo ook de voorwaarden onder welke de gestorte kapitalen, gebeurlijk de effecten en de waardepapieren kunnen worden teruggenomen. Bovendien stelt de vrederechter de omvang vast van de door de voogd te verstrekken waarborgen. Zo nodig treft hij de vereiste maatregelen met het oog op de voortzetting, de verhuring, de overdracht of de beëindiging van de handelszaak, dan wel de onderneming die de pupil desgevallend heeft verkregen.

Krachtens artikel 1237 Ger.W. wordt, op de griffie van het vrederecht, voor iedere pupil een individueel “procesdossier” (“voogdij dossier”) aangelegd, waarin alle verzoekschriften, beschikkingen en andere akten betreffende de voogdij per datum worden geklasseerd.

Zie: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 5 nr. 23; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1524, nr. 152; vgl. het oude artikel 63 Hyp.W.: G. DE KEPPER, “Het toezicht der rechtbank van eerste aanleg op de staten van voogdijen”, *R.W.* 1954-55, 921-926.

Ook voor de minderjarigen onder ouderlijk gezag zou, ingeval één van beide ouders is overleden, een gelijkaardig dossier moeten worden aangelegd met het oog op het in artikel 793, derde lid B.W. vooropgestelde vrederechterlijke toezicht op de beneficiaire aanvaarding van de bedoelde nalatenschap.

Bovendien brengt de in artikel 378 § 1, eerste lid B.W. bedoelde extrapolatie van artikel 410 B.W. naar het ouderlijk gezag met zich dat, eens overeenkomstig artikel 378 § 1, eerste tot en met vierde lid B.W. een (eerste) machtiging is gevraagd, een dossier zou moeten worden aangelegd.

Bovendien worden alle beslissingen ambtshalve ter kennis gebracht van het openbaar ministerie (art. 1233 § 1, *sub* 3° Ger.W.).

Zie over de rol van het openbaar ministerie reeds: F. BOUCKAERT, “Het optreden van het openbaar ministerie in burgerlijke zaken”, *R.W.* 1961-62, 913-920.

Zie voorts K. SWERTS, “De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta*”, verslag van de 4^{de} sectievergadering op het 41^{ste} Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging op 11 juni 2004 aangaande toezichthouders in het recht, *R.W.* 2004-05, 215-216.

11 De voogd geniet thans hoe dan ook een (in het raam van zijn beheer als een goede huisvader vooropgestelde) volheid van bevoegdheden, onverminderd de te limitatieve titel in de wet opgesomde rechtshandelingen, waarvoor hij de voorafgaande (bijzondere) machtiging van de vrederechter nodig heeft (art. 410 B.W.). Soms stelt de wetgever de tussenkomst van de toeziende voogd voorop, zo bijvoorbeeld in artikel 409 § 2, eerste lid B.W. Bepaalde handelingen zijn hoe dan ook uitgesloten (art. 411 B.W.).

12 Tot slot geldt een periodieke (art. 413 en 420 B.W.) en tevens een definitieve (art. 415 B.W.) verantwoordingsverplichting aan de zijde van de voogd (ook wat de persoon van de pupil aangaat).

13 Op die manier weerspiegelt de nieuwe regeling een steeds herhaalde verzoening tussen soepelheid enerzijds en rigiditeit anderzijds (P. CRISPYN, *t.a.p.*, 63).

HOOFDSTUK II KENMERKEN VAN DE VOOGDIJ

§ 1. Aard van de wettelijke bepalingen inzake de voogdij

14 De wettelijke bepalingen inzake de voogdij raken de openbare orde, zodat men er in beginsel niet bij overeenkomst kan van afwijken. Reeds in 1841 oordeelde het Hof van Cassatie: “Les devoirs de père et de tuteur, comme aussi les causes qui donnent lieu à la destitution d’une tutelle, sont prévus par les lois et tiennent à l’ordre public” (Cass. 13 maart 1841, *Pas.* 1841, I, (199), 201).

15 Toch moet terzake een onderscheid worden gemaakt (G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, p. 872-873, nr. 1402; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 62-65, nr. 36).

Enkel de regels met betrekking tot de organisatie van de voogdij zijn van openbare orde, daar de voogdij de staat en de bekwaamheid van de personen betreft (zie ook: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 360-361, nr. 5). Aan deze organisatie kan conventioneel niet worden gesleuteld (Brussel 5 juni 1891, *Pas.* 1891, II, 380; Rb. Hoei 6 juni 1901, *J.J.P.* 1902, 132). Aldus kunnen de bevoegdheden van de voogd niet contractueel, testamentair of anderszins worden gewijzigd, noch diens verplichtingen aangaande beheer of waarborgen: bij de keuze van een voogd (bij authentieke verklaring of bij testament) kan de ouder bijvoorbeeld niet bepalen dat de gekozen voogd zijn opdracht mag uitoefenen zonder toeziende voogd of dat geen verantwoordingsverplichting zou gelden bij het einde van de bedoelde voogdij(opdracht). Evenmin is het de voogd toegelaten om zich volledig en op een algemene wijze van zijn voogdijopdracht te ontdoen, daar dit in strijd zou zijn met het verder besproken persoonlijke karakter van deze voogdijopdracht.

Een moeilijke vraag is deze of men in het raam van een gift ten voordele van een minderjarige (pupil), inzonderheid een schenking of een legaat, kan bedingen dat de gift niet onder het voogdijbeheer valt en aldus dat het beheer van de gift door een derde (bv. de bank) moet worden waargenomen. Dezelfde vraag rijst (in de praktijk) vooral voor giften aan minderjarigen die men van het ouderlijke goederenbeheer wil uitsluiten, bv. in geval van gescheiden levende ouders waarbij de ene ouder (veelal die met het exclusieve gezag, minstens die bij wie, in een situatie van gezamenlijk gezag, het hoofdverblijf plaats heeft) wil uitsluiten dat bij vooroverlijden de andere ouder zonder meer de plak gaat zwaaien over de goederen afkomstig van de ene. Anders dan in Frankrijk, acht DE PAGE het naar Belgische normen onmogelijk op die manier het voogdijbeheer respectievelijk het ouderlijke goederenbeheer buiten spel te zetten (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 63, nr. 36; in dezelfde zin: C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 360-361, nr. 5; vgl.: Cass. 6 november 1879, *Pas.* 1879, I, 400).

CASMAN ziet het anders (H. CASMAN, “Mesures de programmation de la gestion du patrimoine de l’enfant”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L’U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d’application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 1 p.). Op de bij voormelde publicatie horende studiedag verdedigde zij de stelling dat naarmate de schenker of de testator vrij is zijn goederen niet aan de bedoelde pupil te geven, die schenker of testator even vrij is zijn goederen aan de pupil te laten toekomen met dien verstande dat zij niet onder het voogdijbeheer dan wel het ouderlijke goederenbeheer vallen: *qui peut le plus, peut le moins*. Is de pupil een reservataire erfgenaam van de schenker of de testator en gaat het om goederen die tot de reserve behoren, dan moet de schenker of testator zich houden aan het wettelijk vooropgestelde beheer. Gaat het daarentegen om goederen die tot het beschikbare gedeelte behoren, dan staat het de schenker of de testator vrij het wettelijk beheer te vervangen door zelf bepaalde modaliteiten. CASMAN voegde er aan toe dat, wanneer het een gift aan een minderjarige onder ouderlijk gezag betreft, de schenker of testator steeds, ook al raakt dit de reserve, het ouderlijke vruchtgenot (art. 384 B.W.; niet te verwarren met het reservataire vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot in de zin van art. 915bis B.W.) kan uitsluiten: deze modaliteit kan de minderjarige enkel tot voordeel strekken.

VIEUJEAN kwam tussen en stelde, mijns inziens terecht, dat, naarmate de schenker of de testator vrij is zijn goederen niet aan de bedoelde pupil te geven, die schenker of testator, indien hij de goederen (toch) aan de pupil wil laten toekomen, het voogdijbeheer dan wel het ouderlijke goederenbeheer moet respecteren. Is de pupil geen reservataire erfgenaam van de schenker of testator of betreft het goederen die hoe dan ook niet tot zijn reserve behoren, dan hoeft de gift de pupil niet toe te komen. Maar hij die beslist aan de pupil te geven, moet het ten behoeve van de pupil ingestelde wettelijke beheer onaangeroerd laten. Eens de goederen aan de pupil toekomen, wat op zich geen verplichting moet zijn, vallen zij immer en steeds binnen het wettelijke kader van het voogdijbeheer dan wel het ouderlijke goederenbeheer ten behoeve van de pupil. Wanneer het een gift aan een minderjarige onder ouderlijk gezag betreft, kan de schenker of testator wel, zoals voormeld, ook al raakt dit de reserve, het ouderlijke vruchtgenot uitsluiten (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 131, nr. 1059, die bevestigt dat in alle gevallen waarin door een schenkingsbeding of een testamentair beding de aan de minderjarige vermaakte goederen worden uitgesloten van onderwerping aan het ouderlijke vruchtgenot, deze nachtans onder het beheer van de ouders vallen).

Ook andere (uitzonderlijke) gevallen worden met een absolute nietigheids-sanctie beteugeld, wellicht omdat zij alweer nauw aanleunen bij de organisatie van de voogdij (zie bv.: Brussel 16 juli 1890, *Pas.* 1891, II, 17). Het betreft voornamelijk de vrederechterlijke bevoegdheden, de lokalisatie van de voogdij en de op de voogd drukkende verantwoordingsverplichting (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 65, nr. 36).

Voorts wordt, buiten het geval van de met de voogdijinrichting strijdende overeenkomsten en buiten de zo-even vermelde (uitzonderlijke) gevallen, de schending van de regels in verband met de voogdij in beginsel slechts gesanc-tioneerd met een relatieve nietigheid, zelfs al gaat het om zeer ernstige onregelmatigheden, bv. het gebrek aan machtiging door de vrederechter zoals vereist voor de in artikel 410 § 1 B.W. bepaalde (rechts)handelingen van de voogd, zo onder meer voor het vervreemden van de goederen van de pupil, het aangaan van een lening voor de pupil, het met een hypotheek bezwaren van onroerende goederen en het maken van een beding van een onverdeeldeid. De voogdij is trouwens, zoals reeds aangegeven, een privaatrechtelijk instituut. Zij wordt hierbij bekeken als een stelsel ingericht ter bescherming van onbekwamen (zie terzake bv. de begripsomschrijving bij: A. KLUYSKENS, *Begin-selen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 597-598, nr. 661). De voogdij vormt met

andere woorden het ondersteunende aspect van de handelingsonbekwaamheid van de pupil, terwijl het sanctie-aspect ligt in de relatieve nietigheid van (inzonderheid) de door deze laatste (alleen) gestelde rechtshandelingen (zie over deze beide aspecten: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 183, nr. 221). Alleen de belanghebbende (of zijn rechtsopvolgers) en zijn wettelijke vertegenwoordiger kunnen die nietigheidssanctie vorderen.

16 Vroeger werden bepaalde, inmiddels achterhaalde regels eenvoudigweg niet gesanctioneerd, tenzij dan wanneer de belangen van de pupil waren geschaad (Brussel 14 januari 1948, *R.W.* 1947-48, (798), 800, alwaar wordt geoordeeld dat de onregelmatige samenstelling van de familieraad de nietigheid van zijn beslissingen meebrengt wanneer zij in het nadeel van de minderjarige geschiedt en met een kwaad opzet wordt uitgelokt; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 124-125, nr. 119). Het betreft hier voornamelijk de regels in verband met de samenstelling en de werking van de familieraad. Hierbij stond voormelde gedachte centraal dat de wettelijke regeling sedert geruime tijd door de rechtspraktijk achterhaald was (G. BAERT, *Familieraad*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1963, p. 32, nr. 18). Bovendien stelde de wetgever toch geen enkele sanctie voorop in geval van een onregelmatig samengestelde en/of werkende familieraad. Reeds in 1881 oordeelde het Hof van Cassatie dan ook “que le Code civil n’édicte aucune sanction pour les diverses règles qu’il trace quant à la composition du conseil de famille”, “que ces règles ne doivent donc point être observées à peine de nullité par le juge de paix, qui dresse la liste des personnes à appeler aux fins de composer le conseil de famille” en “qu’il suit de là que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les motifs qui ont pu déterminer le juge de paix à ne point suivre rigoureusement les indications de la loi et si, par suite, il n’y a ni dol ni préjudice pour l’intéressé” (Cass. 13 januari 1881, *Pas.* 1881, I, (73), 75). Zulks moge alsnog een van de eerder uitzonderlijke materies illustreren waarbij rechtspraktijk en gewoonte de bovenhand haalden op de wettelijke regeling. Inzake samenstelling en werking van de familieraad had de vrederechter een soevereine beoordelingsbevoegdheid, behoudens belangenschade aan de zijde van de onbekwame (Brussel 23 december 1873, *Pas.* 1874, II, 346; Gent 3 december 1874, *Pas.* 1875, II, 64; Luik 20 december 1916, *Pas.* 1917, II, (126), 127, alwaar wordt geoordeeld dat de regels inzake de samenstelling van de familieraad niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven en dat het dienvolgens aan de feitenrechter toekomt om, geval per geval, te oordelen of de niet-naleving van de vormvoorschriften gebeurlijk de belangen van de minderjarige schaadt; Rb. Bergen 1 december 1937, *B.J.* 1938, 317; Rb. Antwerpen 11 juni 1948, *R.W.* 1948-49, (1108), 1109, alwaar wordt geoordeeld dat, niettegenstaande de niet-naleving van de voorschriften van de oude art. 407 en 409 B.W., de beraadslagingen van de familieraad nochtans alleen maar nietig zijn wegens niet-naleving van voormelde bepalingen zo de onregelmatigheid of met kwaad opzet wordt bedreven of de belangen van de minderjarige schaden; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 121, nr. 114).

Dit verklaart dat de (gepubliceerde) rechtspraak, zeker de rechtspraak van het Hof van Cassatie, inzake problemen omtrent het ontstaan van de voogdij en de organisatie ervan, evenals de rechtspraak omtrent het houden van de familieraad alsmear schaarser werd (C. GODMAY en M. GANTOIS, “La tutelle des mineurs à l’aube du XXI^e siècle”, in G. BENOIT, F. LIEVENS en L. LOUSBERG (eds.), *Compétences des Juges de Paix et des Juges de Police (1892-1992)*, Brugge, die Keure, 1992, 75). Inzake problemen omtrent het beheer van de goederen van de pupil, is daarentegen altijd meer rechtspraak voorhanden geweest.

§ 2. Enkelvoudig karakter van de voogdij

17 De voogdij wordt tevens gekenmerkt door haar principieel enkelvoudig karakter. In beginsel neemt slechts één enkele voogd de voogdijopdracht waar: de vrederechter duidt een voogd aan die zorg draagt voor de persoon van de pupil en dezelfde voogd beheert tevens diens goederen. De bedoelde enkelvoudigheid houdt, minstens impliciet, verband met de regels met betrekking tot de voogdijinrichting (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 598-599, nr. 663).

18 Krachtens artikel 395 B.W. kan evenwel de vrederechter de voogdij splitsen door een voogd met betrekking tot de persoon en een voogd met betrekking tot het vermogen te benoemen indien het belang van de pupil zulks “wegens uitzonderlijke omstandigheden” vereist. Splitsing is mogelijk bij het ontstaan, bij het openvallen of op om het even welk ogenblik tijdens de werking van de voogdij (A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 114, nr. 280, d). De in het nieuwe voogdijrecht uitdrukkelijk bepaalde mogelijkheid tot splitsing kadert in de verhoogde aandacht voor de persoon van de pupil. In feite “dient” zij het goederenbeheer wanneer dat een zekere complexiteit zou vertonen. De bedoelde splitsing is hoe dan ook uitzonderlijk: de wetgever heeft het pleidooi voor een veralgemeende mogelijkheid tot splitsen niet aangehouden (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 17 en 39-40).

Onder het oude recht werd reeds, zij het evenzeer in uitzonderlijke gevallen, aangenomen dat meerdere voogden aangewezen kunnen worden in geval van testamentaire of datieve voogdij.

In de gevallen van wettelijke voogdij, waar van rechtswege één enkele voogd wordt aangeduid, was dergelijke afwijking sowieso uitgesloten.

Aldus oordeelde het Hof van Cassatie in 1954 dat de voogdij wordt ingericht in het belang van de minderjarige en dat dit belang gebeurlijk kan rechtvaardigen dat, in een geval van datieve voogdij, de familieraad, hetzij twee voogden aanduidt waarvan één zich over de bewaring van de persoon van de minderjarige ontfermt, hetzij één voogd aanduidt doch tijdelijk de bewaring van de persoon van de minderjarige aan een derde toevertrouwt.

Zie: Cass. 7 mei 1954, *R.C.J.B.* 1954, (176), 178, noot R. DEKKERS; G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 878, nr. 1410; W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1978, 485-486, die er op wijst dat de tegenargumenten, geput uit de functie van de toeziende voogd en de gebeurlijke bijstand van bijzondere beheerders, niet doorslaggevend zijn om de doorgaans aanvaarde oplossing te ontcrachten; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 181-182, nr. 1238; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990): Les personnes", *R.C.J.B.* 1992, p. 427-428, nr. 25.

Anders bv. wel: Gent 24 januari 1878, *Pas.* 1878, II, (197), 198, alwaar wordt geoordeeld dat zowel de tekst als de geest van de wet duidelijk de meervoudige voogdij verbieden en dat de familieraad dienvolgens *in casu* geenszins gerechtigd was om, benevens een "tuteur principal", ook een "tuteur subsidiaire chargé de pourvoir à des intérêts spéciaux" te benoemen.

Anders ook: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, IV, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 482, nr. 369.

Aldus kon bijvoorbeeld ook de langstlevende ouder (overeenkomstig de oude art. 397-398 B.W.) een testamentaire voogd aanstellen voor het beheer van de goederen van de minderjarige en een tweede voogd voor het gezag over de persoon van minderjarige.

Zie: Kort Ged. Luik 19 maart 1986, *Ann. dr. Liège* 1989, 288; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 136-137, nr. 133, die stelt dat, hoewel het enkelvoudige karakter van de voogdij de regel is, niets belet ervan af te wijken, bv. zo de goederen van de pupil (zeer) verspreid liggen of zelfs zo de respectieve bekwaamheden van de kandidaat-voogden het aannemelijk maken dat één persoon het gezag over de persoon van de pupil waarneemt en een andere persoon het beheer van de goederen.

Thans kan de vrederechter een gesplitste aanwijzing door de ouder(s) bekrachtigen.

Zie: C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 379-380, nrs. 51-52, die wel wijst op het verhoogde risico dat de vrederechter niet homologeert wanneer hij van oordeel zou zijn dat, gelet op de concrete omstandigheden van het voorliggende geval, hetzij het principe zelf van de gesplitste voogdij, hetzij de keuze van een van beide voogden, niet strookt met het belang van het kind; F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *R.W.* 2001-02, p. 8, nr. 39; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, p. 12-13, nr. 11, met verwijzing naar het cassatiearrest van 25 mei 1888 (*Pas.* 1888, I, 241).

Het instellen van een meervoudige voogdij met concurrerende bevoegdheden is eveneens mogelijk.

Anders: C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 380, nr. 51; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 598-599, nr. 663. Vgl.: J. VAN ASSCHE, *Handboek van den notaris*, II, Gent, Vanderhaeghen, 1883, 320, die stelt dat het recht van benoemen kan worden uitgebreid en ook "gedeelig" toegepast: "Zoo mag de ouder of de gever twee voogden aanstellen om, gezamenlijk of de eene na het overlijden van den andere, de voogdij waar te nemen".

19 Het meervoudige karakter van de voogdij moet in ieder geval de belangen van de pupil dienen (zie bv.: Kort Ged. Luik 19 maart 1986, *Ann. dr. Liège* 1989, 288). Dit zal inzonderheid het geval zijn indien er een belangrijk of een verspreid vermogen van de pupil te beheren valt (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 181-182, nr. 1238).

§ 3. Persoonlijk karakter van de voogdij

20 Overeenkomstig artikel 724 B.W. treden de erfgenamen van rechtswege in het bezit van de goederen, rechten en rechtsvorderingen van de overledene. Ook de rechten van de overledene, zowel persoonlijke als zakelijke, maken dus het voorwerp uit van de saisine, althans voor zover zij door de devolutie overgaan op de rechtverkrijgenden (K. VANWINCKELEN, “Art. 724 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 2001, p. 9, nr. 13; A. VASTERSAVENDTS, *Praktisch handboek van erfrecht*, Brussel, Larcier, 1975, 162).

Dit geldt daarentegen niet voor de rechten en de daaraan gekoppelde verplichtingen die door het overlijden uitdoven (H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, IX, *Les successions*, Brussel, Bruylant, 1974, p. 367-368, nrs. 495-496). Welnu, de voogdij is zo’n persoonlijke burgerlijke opdracht die niet op de erfgenamen overgaat (G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, I, art. 1-515, Brussel, Bruylant, p. 522, nr. 1).

Het is de voogd trouwens evenmin toegestaan zijn voogdijopdracht aan een derde over te dragen. In die optiek bevestigt de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel dat de voogd bezwaarlijk door middel van een algemeen mandaat een derde met deze persoonlijke taak kan belasten (Rb. Nijvel 6 oktober 1959, *Jur. Niv.* 1960, 92).

21 De erfgenamen zijn wel voor het beheer van hun rechtsvoorganger verantwoordelijk, en dit in de lijn van het gemene recht (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 108, nr. 95).

22 Anders dan onder het oude recht, moeten de meerderjarige erfgenamen niet langer de voogdij voortzetten totdat een nieuwe voogd is benoemd.

De minderjarige erfgenaam was vrijgesteld (G. BELTJENS, *a.w.*, I, p. 522, nr. 3: “L’héritier mineur, interdit ou absent en est dispensé”; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, VIII, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l’émancipation*, Parijs, Durand-Hachette et Cie, 1870, p. 6-7, nr. 8). Voor de bekwame erfgenamen betrof het een specifieke wettelijke opdracht (G. BELTJENS, *a.w.*, I, p. 522, nr. 3: “La gestion provisoire des héritiers du tuteur constitue un mandat légal et non une tutelle”; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 107, nr. 95: “Les héritiers du tuteur ne sont pas des tuteurs de fait, mais exercent une charge *sui generis*, qu’ils tiennent de la loi”).

Het oude artikel 419 B.W. verklaarde de bepalingen inzake lastgeving *mutatis mutandis* van toepassing (G. BELTJENS, *a.w.*, I, p. 522, nr. 1; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, IV, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 133-135, nr. 120). Meer concreet, kon het oude artikel 419 B.W. worden aangezien als een toepassing van de artikelen 2003 *juncto* 2010 B.W., alwaar, niettegenstaande de lastgeving eindigt door de dood van de lasthebber, toch aan de erfgenamen wordt opgedragen voorlopig alles te doen wat de omstandigheden in het belang van de lastgever vereisen. In feite namen zij hetzelfde beheer waar als dat van de overleden voogd. Dit had bijvoorbeeld ook tot gevolg dat zij onbekwaam waren om giften van de

pupil te ontvangen totdat overeenkomstig artikel 907, tweede lid B.W. de slotrekening was afgelegd en aangezuiverd. Een ten voordele van de erfgenamen van de voogd, ook vóór diens overlijden, opgesteld testament stuitte op de vermelde bepaling zo het, na diens overlijden, uitwerking kreeg vóór het afleggen en aanzuiveren van deze slotrekening (S. MOSSELMANS, “Art. 907 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 20, nr. 56).

Zie voor de mogelijkheid tot extrapolatie van artikel 907 B.W. ten aanzien van vertegenwoordigers van andere beschermde personen: S. MOSSELMANS, *t.a.p.*, p. 21-29, nrs. 60-76.

De overeenkomstig het oude artikel 419 B.W. op de meerderjarige erfgenamen drukkende burgerlijke opdracht had weliswaar een tijdelijk en een provisorisch karakter. De opdracht was tijdelijk in die zin dat zij het beheer van hun rechtsvoorganger slechts dienden verder te zetten totdat een nieuwe voogd was benoemd. Evenals nu (art. 404, tweede lid B.W.), berustte (overeenkomstig het oude art. 424 B.W.) de verplichting om een nieuwe voogd te doen benoemen in beginsel op de toeziende voogd; zo deze laatste stilzat, werd aangenomen dat ook voormelde erfgenamen deze benoeming konden uitlokken (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 107, nr. 95). De opdracht was tegelijk provisorisch. Het was een soort noodoplossing. Zij dienden slechts het door hun rechtsvoorganger reeds waargenomen beheer verder te zetten. Het betrof geenszins geïsoleerde handelingen, maar veeleer het waarborgen van de in het belang van de pupil vereiste continuïteit. Zij moesten zich dan ook beperken tot bewarende maatregelen en daden van voorlopig beheer (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 108, nr. 95).

Bovendien waren zij overeenkomstig artikel 419 B.W. slechts gehouden “als erfgenaam”. Dit betekende dat de verwerpende erfgenaam aan de in voormelde bepaling neergelegde verplichting kon ontsnappen, zij het enkel vanaf het ogenblik van de verwerping. Artikel 785 B.W., bepalende dat de erfgenaam die de nalatenschap verwerpt, geacht wordt nooit erfgenaam te zijn geweest, was terzake niet van toepassing. De erfgenaam kon de in artikel 419 B.W. neergelegde verplichting niet afwimpelen onder het voorwendsel dat hij zou verzaken (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 108, nr. 95). Anderzijds waren alle (aanvaardende) erfgenamen gehouden; zij dienden allen het beheer van hun rechtsvoorganger verder te zetten.

23 Het oude artikel 419 B.W. was ingegeven door het belang van de pupil (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 107, nr. 95). Elke situatie waarbij een einde komt aan de voogdijopdracht van een bepaalde voogd, maar het voogdijgezag moet blijven voortduren (zie terzake: P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 196, nrs. 1297 en 1299), kan immers diens belangen schaden indien niet het nodige gedaan wordt in afwachting van de benoeming van een nieuwe voogd.

Onder impuls van het notariaat is de bedoelde bepaling thans afgeschaft (zie ook: H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 21-22, nr. 12). Het notariaat achtte het onmogelijk dat een derwijze persoonlijke opdracht als deze van voogd zou moeten wor-

den uitgeoefend door diens erfgenamen, terwijl er geen enkele aanwijzing is dat zij daarvoor in aanmerking komen. Hierbij rijzen vele praktische vragen: “Wat zal er gebeuren als er verschillende erfgenamen zijn? Wat als de erfgenaam een rechtspersoon is? Wat als de voogd als algemeen legataris bijvoorbeeld een stichting heeft aangesteld? Zal dit organisme dan de voogdij voortzetten over die kinderen? Wat als de erfgenamen neven en nichten zijn die in de Verenigde Staten wonen?” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 16-17 en p. 41-42).

In die optiek wordt het vacuüm dat in geval van overlijden van de voogd ontstaat, thans deels opgevangen via artikel 391 B.W. Krachtens deze bepaling heeft de vrederechter immers de mogelijkheid om, zelfs ambtshalve, de dringende maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de minderjarige of de bewaring van zijn goederen. Desgevallend kan de vrederechter een aantal dringende handelingen toevertrouwen aan de toeziende voogd. Aangezien de toeziende voogd, zoals reeds aangestipt, de verplichting heeft om een nieuwe voogd te doen benoemen, is het bedoelde vacuüm beperkt.

24 Evenals inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 1, derde lid B.W.), kan de voogd zich, bij het hem opgedragen vermogensbeheer, laten bijstaan. In de lijn van het oude artikel 454, tweede lid B.W., bepaalt artikel 405 § 1, vierde lid B.W. dat de voogd zich in het beheer van de goederen van de pupil kan laten bijstaan door personen die onder zijn verantwoordelijkheid handelen. Ook de toeziende voogd zou zich, waar nodig, moeten kunnen laten bijstaan (vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 11, nr. 53).

Zie inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 1, derde lid B.W.): E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 1 B.W.”, in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1995, p. 2-3, nrs. 3-5; Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, “La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d’en assurer la gestion – Aperçu législatif et commentaire”, *Act. dr.* 1993, p. 623, nr. 97; P. MARCHAL, “Les incapables majeurs”, in *Répertoire notarial*, I, *Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 237, nr. 305; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, “Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen”, in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 173, nr. 368; W. PINTENS en A. VERBEKE, “Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige”, *R.W.* 1991-92, p. 176, nr. 26; M. VERRYCKEN, “De wetgeving inzake het beheer van goederen van geesteszieken”, *Vl. T. Gez.* 1992, 195.

Onder impuls van de Senaat, is ook hier de uitdrukkelijke voorafgaande machtiging van de vrederechter vereist (*Parl. St. Kamer 2000-01*, 50 0576/014, p. 13; *Parl. St. Kamer 2000-01*, 50 0576/020, p. 6-8; *Parl. St. Senaat 2000-01*, 2-509/6, p. 33).

Dit sluit geenszins uit dat de voogd zijn opdracht persoonlijk moet vervullen (Rb. Nijvel 6 oktober 1959, *Rec. Niv.* 1960, 92; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1960-1964): Personnes et biens”, *R.C.J.B.* 1966, p. 224, nr. 50). Hij mag de hem toegemeten bevoegdheden niet (geheel of ten dele) aan een derde delegeren, zoals zulks in de regel het geval is bij wettelijke en gerechte-

lijke mandaten strekkende tot beheer van andermans vermogen (zie ook: H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken – Wetten van 1990-1991*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, p. 126, nr. 24; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 237, nr. 304). De bedoelde personen, zoals bijvoorbeeld beleggingsadviseurs, notarissen, advocaten, fiscale raadgevers en boekhouders, verlenen enkel gekwalificeerd advies en steun. Zij kunnen nooit in de plaats van de voogd treden.

Verder handelen de personen wier bijstand hij inroept onder de verantwoordelijkheid van de voogd, aangezien de bijstand geen afbreuk doet aan de in artikel 405 § 1, derde lid B.W. bepaalde verplichting tot schadevergoeding bij wanbeheer.

§ 4. Onverplicht karakter van de (toeziende) voogdij

25 De voogd is niet verplicht de hem opgedragen voogdijopdracht te aanvaarden, zoals artikel 396, eerste lid B.W. uitdrukkelijk bepaalt. Het onverplichte karakter kenmerkt ook de toeziende voogdij (art. 402, derde lid B.W.).

26 Onder het oude recht, was de voogdij wel verplicht, en dit ongeacht of het een wettelijke, een testamentaire of een datieve voogdij betrof (oude art. 401 *juncto* 432 B.W.).

Zie terzake: C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *R.W.* 1992-93, p. 275, nr. 8, voor wie het niet genoeg beklemtoond kon worden, dat, in principe, de testamentaire voogdij, net zoals de wettelijke voogdij (oude art. 390 en 395 B.W.) of ascendentenvoogdij (oud art. 402 B.W.), een verplicht karakter had en de aangewezen voogd dienvolgens in beginsel verplicht was de voogdijopdracht te aanvaarden.

Er waren weliswaar talrijke gronden van vrijstelling, gaande van leeftijds- en gezondheidsredenen tot het bekleden van openbare ambten, aldus de oude artikelen 427-437 B.W. De door de familieraad benoemde datieve voogd, die aanwezig was bij de beslissing waarbij hem de voogdijopdracht werd opgedragen, moest zijn eventuele bezwaren onmiddellijk te kennen geven. De familieraad besliste erover, met verhaalsmogelijkheid voor de voogd bij de rechtbank van eerste aanleg, aldus de oude artikelen 438-441 B.W. Wel bepaalde artikel 508 B.W. dat “met uitzondering van de echtgenoten, de bloedverwanten in de opgaande en die in de neerdalende lijn, niemand verplicht was de voogdij over een onbekwaamverklaarde meer dan tien jaar te behouden: na verloop van die tijd kon de voogd vragen dat hij werd vervangen en dit moest hem worden toegestaan”, een bepaling die de wetgever van 29 april 2001 onaangeroerd liet.

De reden van die bijzondere tijdsbeperking is dat de voogdij over een onbekwaamverklaarde de maximale periode van een voogdij over een minderjarige dikwijls overschrijdt. De bijzondere tijdsbeperking bestaat dan weer niet voor de voogd over een verlengd minderjarige (zie omtrent een en ander: F. SWENNEN, “Het vrijwillige ontslag van de voorlopige bewindvoerder”, noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 16 maart 1998 en Rb. Brussel 19 mei 1998, *T.B.B.R.* 1999, 391-397).

De traditie van het verplichte karakter van de voogdijopdracht stamt uit het Romeinse recht toen de voogdij beschouwd werd als een openbaar ambt, een *munus publicum*, een traditie die door de Code Napoléon werd voortgezet (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 59, nr. 35).

Heden bestaat er echter geen enkele link meer tussen het uitoefenen van politieke rechten en de voogdijopdracht.

Zie bv. de redactie van artikel 31 Sw., alwaar het geroepen worden tot het ambt van voogd of toeziende voogd (art. 31, *sub* 5° Sw.; vroeger ook het deel uitmaken van enige familieraad) duidelijk wordt onderscheiden van de openbare ambten, bedieningen of betrekkingen (art. 31, *sub* 1° Sw.).

Vgl.: Luik 8 april 1884, *Pas.* 1884, II, (234), 235 met betrekking tot artikel 19 Sw., alwaar wordt geoordeeld dat, volgens de eigen commentaar van de redacteurs van het Strafwetboek, de openbare ambten van artikel 19 Sw. wel degelijk dat van de voogdij omvatten, zonder dat de wet hierbij de wettelijke voogdij van de datieve voogdij onderscheidt.

27 Thans is niemand nog verplicht een (toeziende) voogdij op zich te nemen. Een verplichte (toeziende) voogdij komt immers de belangen van de pupil niet ten goede.

Eens dat de (toeziende) voogd zijn opdracht heeft aanvaard, oefent hij die in beginsel uit tot aan het einde van de voogdij. Enkel om (door de vrederechter te appreciëren) “wettige redenen” is ontheffing mogelijk. Dit zijn omstandigheden waardoor de (toeziende) voogd niet meer in staat is de opdracht uit te oefenen. Zij kunnen van medische, familiale of professionele aard zijn.

Wanneer de aangeduide persoon op de hoogte komt van de aanduiding en hem wordt gevraagd of hij al dan niet zijn opdracht aanvaardt, moet hij binnen een redelijke termijn zijn antwoord geven. Elke niet te verantwoorden vertraging of verwaarlozing zou zijn aansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen (art. 1382-1383 B.W.).

De wetgever bepaalt zelf geen bedenktijd en dus evenmin de duur ervan. De vrederechter zou wel zelf een termijn kunnen toestaan naargelang van de omstandigheden.

§ 5. Onbezoldigd karakter van de voogdij

28 De voogdijopdracht wordt in beginsel onbezoldigd waargenomen en dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot bij het voorlopig bewind (art. 488*bis*, h § 1 B.W.). Een parallellisme met het voorlopig bewind gaat trouwens niet op (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 48, nr. 125). Het valt moeilijk in te denken dat de professionele bewindvoerders die als voorlopige bewindvoerder worden aangewezen, veelal advocaten of plaatsvervangende rechters, zouden aanvaarden om in te staan voor het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van één of meerdere minderjarigen.

Bij de voorbereiding van de Wet van 29 april 2001, werd in de Kamercommissie van Justitie voorgesteld om een mogelijkheid om de voogd te vergoeden in te lassen. Het bedoelde amendement, dat ertoe strekte een artikel 411bis B.W. in te voeren, luidde als volgt: "De vrederechter kan aan de voogd bij een gemotiveerde beslissing, een vergoeding toekennen waarvan het bedrag niet hoger mag zijn dan 3 % van de inkomsten van de minderjarige. Hij kan hem nochtans, na overlegging van met redenen omklede staten, een vergoeding toekennen in verhouding tot de vervulde buitengewone ambtsverrichtingen". De verantwoording luidde: "Om de coherentie tussen het voogdijrecht en het recht inzake het voorlopig bewind te verhogen, is het nuttig de eventuele bezoldiging van de voogd op dezelfde wijze te regelen als deze van de voorlopige bewindvoerder". Commissievoorzitter ERDMAN en de Minister van Justitie waren zeer terughoudend over het principe van de toekenning van een vergoeding aan de voogd. Het amendement werd ingetrokken (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 49).

De voogd kan wel aanspraak maken op een vergoeding van zijn onkosten, bijvoorbeeld wanneer hij verplaatsingen moet maken of wanneer hij, met machtiging van de vrederechter, deskundige personen, zoals een boekhouder, aanspreekt (G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 879, nr. 1410). Het spreekt voor zich dat de voogdij hem ook niets moet kosten (H. DE PAGE, herwerkt door J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 1170, nr. 1243).

Ook vroeger kon, in geval van bijzonder omvangrijke opdrachten, de familie-raad hem uitzonderlijk wel een bezoldiging toekennen (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 182, nr. 1241). Toch lijkt een soepele houding aangewezen. Vroeger was de voogd meestal de langstlevende dan wel de enige ouder, wat het principieel kosteloze karakter van de voogdij mede rechtvaardigde. Dit kan nu niet meer staande worden gehouden (N. GALLUS, "La nouvelle loi sur la tutelle", *J.T.* 2002, 75; A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 111-112, nr. 276). Aangenomen wordt dat de vervulling van de voogdijopdrachten nu sneller recht geeft op enige vergoeding. Deze kan dan worden opgenomen in de voogdijrekening die de voogd jaarlijks moet neerleggen in het voogdij dossier en waarop de vrederechter toeziet. Wettelijk is hoe dan ook niet in een vergoeding voorzien. De kwestie van de mogelijke bezoldiging wordt bewust open gelaten: "Men zal er vermoedelijk mee te maken krijgen als het om een vrijwillige voogdij gaat en met name wanneer men iemand buiten de familie moet kiezen. De kwestie lijkt beter te kunnen worden geregeld door zich op de wijsheid van de vrederechters te verlaten dan in de wet. Aldus zal beter rekening kunnen worden gehouden met de verschillende factoren die eigen zijn aan iedere specifieke toestand" (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 8; zie ook: H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *Not. Fisc. M.* 2001, 230).

Tevens kan aan de testamentaire voogd bij testament een vergoeding worden toegekend (Gent 22 november 1991, *T. Not.* 1992, 74; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, p. 1483, nr. 92).

Testamentaire voogdij mag geenszins worden verward met de testamentuitvoerder (art. 1025-1034 B.W.), ook niet *qua* vergoeding of bezoldiging.

§ 6. Verantwoordelijkheid van de voogd

29 De voogd moet zich van zijn opdracht kwijten als een *bonus pater familias*. Krachtens artikel 405 § 1, derde lid B.W. is hij gehouden tot vergoeding van de schade die zou kunnen voortvloeien uit een slecht beheer (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 20, nr. 21; zie ook: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 75).

Zie, ter vergelijking, een uitgebreide bespreking van de aansprakelijkheid aan de zijde van de voorlopige bewindvoerder: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 149-158.

Zoals dit reeds in het licht van het oude artikel 450, tweede lid B.W. het geval was, staat, ter beoordeling van de gebeurlijke aansprakelijkheid van de voogd, het klassieke foutcriterium van de *culpa levis in abstracto* centraal (P. MAR-CHAL, *t.a.p.*, p. 118, nr. 69). De zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden wanneer de voogd zich anders gedraagt dan een normaal zorgvuldige en vooruitziende voogd belast met het beheer van andermans vermogen, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Zijn aansprakelijkheid rijst niet alleen wanneer de voogd een specifieke wettelijke bepaling of gedragsnorm overtreedt (bv. art. 410 § 1 B.W.), maar ook wanneer hij schade berokkent door zijn onzorgvuldig, dan wel onvoldoende vooruitziend doen of nalaten, bijvoorbeeld om een dringende herstelling aan een aan de pupil toebehorend onroerend goed te laten uitvoeren of om, in voorkomend geval, een behoorlijke verdediging (in rechte) te (laten) bieden (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1322-1325, nrs. 1438-1439). Een loutere vergissing kan men hem, mede gelet op het principiële onbezorgde karakter van zijn mandaat, bezwaarlijk ten kwade duiden.

Nochtans leidt dit onbezorgde karakter niet *per se* tot een verminderde aansprakelijkheid in de zin van artikel 1992, tweede lid B.W. (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1320-1321, nr. 1437). Bij die verminderde aansprakelijkheid speelt enkel de zogeheten *culpa levis in concreto*: de aansprakelijkheid rijst slechts indien de beheerder aan het beheer van andermans vermogen niet dezelfde zorg besteedt als aan het beheer van zijn eigen vermogen.

30 In wezen is de voogd een lasthebber *sui generis* (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1320-1322, nr. 1437). Dit maakt bijvoorbeeld dat, wanneer de voogd in het raam van een contractuele relatie een fout begaat, deze in de regel aan de pupil (die als mandant geacht wordt de overeenkomst te sluiten en ze tevens uit te voeren) toe te rekenen is (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1325-1327, nr. 1441).

31 Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de toeziende voogd, inzonderheid wanneer hij, omwille van een zich voordoende belangentegenstelling, de voogd (namens de pupil) vervangt (art. 404, eerste lid B.W.; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1327-1328, nr. 1442).

Bovendien komt het de toeziende voogd (als toezichtorgaan) toe, in voorkomend geval, vast te stellen dat de voogd in zijn opdracht tekort schiet: dan moet hij “onverwijld” de vrederechter in kennis stellen (art. 403 B.W.). Indien, ingevolge een gebrek aan toezicht, de toeziende voogd (mede) schade berokkent aan de pupil, moet hij deze vergoeden.

In dit raam biedt de wetgever hier en daar enige precisie. Aldus moet de toeziende voogd, krachtens artikel 404, tweede lid B.W., bij het openvallen van de voogdij ingevolge de beëindiging van een voogdijopdracht, (door de vrederechter, aldus art. 393 B.W.) een nieuwe voogd doen benoemen, zulks “op straffe van vergoeding van de schade die daaruit (d.w.z. ingevolge het gebrek aan actie van de toeziende voogd) voor de minderjarige (pupil) zou kunnen voortvloeien”.

32 Ook al heeft hij toezicht over de minderjarige, de (toeziende) voogd draagt *qualitate qua* niet de (vermoede) aansprakelijkheid die de ouders, overeenkomstig artikel 1384, tweede lid B.W., dragen voor de fouten van hun minderjarige kinderen (H. NUYTINCK, “De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk”, *T.P.R.* 1979, p. 45, nr. 24). Voormelde bepaling kan bezwaarlijk per analogie worden uitgebreid. De (toeziende) voogd moet enkel instaan voor de gevolgen van zijn persoonlijke fout (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 168, nr. 1199). Hij is niet aansprakelijk voor de schade die zijn pupil veroorzaakt.

Evenmin rust op de (toeziende) voogd de ouderlijke verplichting te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van de kinderen in de zin van artikel 203 § 1, eerste lid B.W. (G. BAETEMAN en J. GERLO, *t.a.p.*, p. 941, nr. 246; P. SENAËVE, “Art. 203 B.W.”, in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 6-7, nrs. 9-11).

Toch maakt de meeste wetgeving eenvoudigweg toepassing van artikel 1384, tweede lid B.W., zoals bijvoorbeeld artikel 3, derde lid van de Wet van 15 juli 1960 “tot zedelijke bescherming van de jeugd” (*B.S.* 20 juli 1960) en artikel 44, tweede lid van de Wet van 12 april 1965 “betreffende de bescherming van het loon der werknemers” (*B.S.* 30 april 1965).

Zie terzake: H. NUYTINCK, *t.a.p.*, p. 46, nr. 24.

33 Daarentegen duidt bepaalde wetgeving, te weten:

- het Veldwetboek van 7 oktober 1886 in artikel 94 (*B.S.* 14 oktober 1886; de Nederlandse tekst van deze wet, gewijzigd en aangevuld tot 8 april 1969, werd vastgesteld bij Wet van 8 april 1969, *B.S.* 25 juni 1969),
- het Boswetboek van 19 december 1854 in artikel 173 (*B.S.* 22 december 1854; de Nederlandse tekst van deze wet werd vastgesteld bij Wet 8 april 1969, *B.S.* 6 augustus 1970, *err.* *B.S.* 15 september 1970; later werd de wet, wat het Vlaamse Gewest betreft, opgeheven bij art. 113 van het Bosdecreet van de

Vlaamse Raad van 13 juni 1990, *B.S.* 28 september 1990)

en

– de Gecoördineerde Wet van 16 maart 1968 “betreffende de politie over het wegverkeer” in artikel 67 (*B.S.* 27 maart 1968)

wel de voogd aan als burgerrechtelijk aansprakelijke persoon voor de geldboeten, teruggaven, schadevergoedingen en kosten die voortvloeien uit de veroordelingen uitgesproken tegen de (ongetrouwde) bij hem inwonende minderjarige (pupil).

§ 7. Familiaal karakter van de voogdij

34 Het familiale karakter van de voogdij werd eertijds onderstreept door de samenstelling en de rol van de familieraad (G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 871, nr. 1402; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 59-61, nr. 35; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 598, nr. 662). Hij was in beginsel evenwichtig samengesteld ingevolge de aanwezigheid van beide takken van de familie, zowel de vaderlijke als de moederlijke, een en ander onder het voorzitterschap van de vrederechter. In theorie kwam de belangrijkste beslissingsbevoegdheid aan deze familieraad toe, die dan ook het leidinggevende orgaan zou moeten zijn, zowel met betrekking tot het beheer van de goederen van de pupil als met betrekking tot het gezag over zijn persoon.

Zie omtrent de beperkte beheersbevoegdheid aan de zijde van de voogd: Cass. 6 mei 1943, *Pas.* 1943, I, 157 en meer specifiek de conclusie van Advocaat-generaal R. JANSSEN DE BISTHOVEN, 161-163. Vormvrij kon de voogd enkele “beheren” in de juridische zin van het woord; elke (gedeeltelijke) vervreemding van één vermogensbestanddeel is een daad van beschikking in de juridische zin van het woord, waarvoor én de machtiging door de familieraad én de homologatie door de rechtbank van eerste aanleg nodig waren (zie dienaangaande ook: F. SWENNEN, *a.w.*, p. 296-298, nr. 377).

In het vóór 1804 geldende recht had de voogdij een meer administratief karakter.

Zie heden nog steeds: artikel 396, derde lid B.W. en de artikelen 63-68 van de Wet van 8 juli 1976 “betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn” met betrekking tot de administratieve voogdij ten aanzien van vondelingen, verlaten kinderen en aan het O.C.M.W. toevertrouwde kinderen van wie de ouders geheel of gedeeltelijk uit hun ouderlijk gezag zijn ontzet.

De wetgever van 1804 oordeelde daarentegen dat de voogdij als familiale instelling het best zou tegemoet komen aan de belangen van de pupil (M. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, III, *Code civil* (art. 312-515), Brussel, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, 419 (Verslag van M. HUGUET aan het Tribunaat (zitting van 3 *germinal* XI)). De voogd zou dan eerder fungeren als het uitvoerende orgaan (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 60, nr. 35). Ook de aan de rechterlijke macht (met name de vrederechter, de burgerlijke rechtbank en het openbaar ministerie) toekomende taken zouden slechts van bijkomstige aard zijn (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 598, nr. 662). Zo had bijvoorbeeld de vrederechter eigenlijk geen autonome bevoegdheid in het voogdijrecht. Hij speelde slechts op onrechtstreekse wijze een rol in de

voogdij, en dit als vast lid van rechtswege en als voorzitter van de familieraad overeenkomstig de oude artikelen 407 *juncto* 416 B.W.

Niets was echter minder waar.

Vooraf het optreden van de vrederechter strekte zich in de praktijk veel verder uit dan de wet toeliet (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 100-101). Hij verrichtte een hele reeks taken die in beginsel aan de familieraad toekwamen. Ingevolge deze groeiende machtsuitoefening van de vrederechter hadden de bijeenkomsten van de familieraad veel van hun belang verloren. Dit alles maakte dat de vrederechter in feite het belangrijkste voogdijorgaan was geworden, hetgeen men lange tijd als een pararegale praktijk bestempelde.

Zie: Ach. PAUWELS, "Familieraad en voogdijraad", *T.Vred.* 1958, p. 161, nr. 1, voor wie de taak die de vrederechter te vervullen heeft in verband met de voogdij over minderjarigen en andere onbekwamen, een van de bijzonderste is die tot zijn diverse bevoegdheden behoort en (p. 165, nr. 7) voor wie dit optreden van de vrederechter in feite grotendeels van louter praetoriaanse rechtsvorming is: "Zij is niet gesteund op de wet en ze dient als pararegale te worden beschouwd."

Niettemin voelde men deze pararegale bedrijvigheid van de vrederechter als een prangende behoefte aan (Ach. PAUWELS, *t.a.p.*, p. 166, nr. 8). Zij werd als vanzelfsprekend bevonden.

35 Een van de grote krachtlijnen van de Wet van 29 april 2001 betreft de volledige afschaffing van de familieraad als voogdijorgaan.

Zoals vermeld, werd de familieraad als een anachronisme ervaren. Ook vandaag zal niemand ontkennen dat de familie een zeer belangrijke rol speelt in de ontwikkeling van elk individu. Maar, wanneer men tegenwoordig dergelijke uitspraken doet, heeft men niet meer de ruime familie voor ogen, de zogenaamde verdergraadse verwantschap. De dagelijkse verwantschappelijke verhoudingen in onze samenleving zijn sterk gekrompen. Het familiale leven speelt zich in de eerste plaats af binnen het kerngezin. Min of meer regelmatige contacten worden vaak onderhouden met de grootouders, maar niet met de ooms en tantes, neven en nichten, ..., laat staan met de grootooms en groot-tantes. De instandhouding van een instelling als de familieraad die een beroep doet op al deze verwanten zou het familierecht al te zeer doen aansluiten bij een voorbijgestreefde maatschappelijke realiteit (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 57-58). De familieraad bleek trouwens niet meer samengesteld te zijn uit familieleden. In feite was het de voogd die actief voor het belang van de pupil zorgde. De leden van de familieraad gaven in vele gevallen slechts blijken van onwetendheid of lijdzaamheid. Zij bekrachtigden zonder veel inspraak noch inzet hetgeen de vrederechter voorstelde als te nemen beslissing.

In die optiek heeft men thans de familieraad afgeschaft, hoewel niet iedereen dit toejuicht. Zo stelt CASMAN dat men te veel de bezwaren van de inmenging van de familieraad tegenover de langstlevende ouder heeft ingeroepen, daar waar de vraag die in het licht van de overwogen hervorming moest worden bekeken,

enkel nog deze was van de betrokkenheid van de familieleden ten aanzien van een ouderloos kind, voorwaar een heel andere hypothese (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 221-222). SWENNEN en JANSSENS vervolgen dat de wetgever, veeleer dan elke georganiseerde betrokkenheid af te schaffen, misschien een familieraad had kunnen samenstellen op basis van een nieuw familie-concept (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 6, nr. 25).

36 De afschaffing van de familieraad leidt ertoe dat bij handelingen voor het stellen waarvan machtiging is vereist, enkel nog sprake is van machtiging door de vrederechter.

Zie voor een overzicht van de (andere) gevolgen van deze afschaffing: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 222-223.

De vrederechter is de enige alsnog bevoegde rechterlijke instantie, wat maakt dat het regime van de voogdij dit van het voorlopig bewind benadert.

CASMAN vervolgt dat zulks, gelet op de degelijkheid waarmee vrederechters dergelijke taken op zich nemen, de efficiëntie van de voogdijregeling zeker zal verhogen en de belangen van de minderjarige beslist zal dienen (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 212).

37 Het familiale karakter van de voogdij is echter geenszins volledig opgeheven (zie ook: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 358, nr. 4).

Aldus heeft de wetgever wel een systeem van (individuele) “raadpleging van de familieleden” ingevoerd, zij het in zeer beperkte mate.

Bij de benoeming van de voogd, is de vrederechter, krachtens artikel 394, tweede lid B.W., verplicht te horen, minstens hen te doen oproepen: de bloedverwanten in de opgaande lijn in de tweede graad, de meerderjarige broers en zussen van de pupil en de broers en zussen van de ouders van de pupil. De vrederechter moet bovendien eenieder horen van wie de mening voor hem nuttig kan zijn (art. 394, derde lid B.W.).

Deze hoorverplichting geldt niet bij de benoeming van de toeziende voogd (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 6, nr. 25).

Bij de latere beslissingen inzake de persoon dan wel het vermogen van de pupil is echter geen sprake van enige verplichting om de familie te raadplegen. Wel kan de vrederechter, te allen tijde, de mening van de familieleden vragen, zo bijvoorbeeld bij toepassing van artikel 410 B.W. (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 4; vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, t.a.p., p. 6, nr. 25*).

Bovendien benoemt de vrederechter de voogd bij voorkeur uit de naaste familieleden (art. 393 B.W.).

Indien de voogd een bloed- of aanverwant in een bepaalde ouderlijke lijn van de pupil is, wordt de toeziende voogd bij voorkeur uit de andere lijn gekozen (art. 402, tweede lid B.W.).

TITEL II
BEGIN EN EINDE VAN DE VOOGDIJ

HOOFDSTUK I

ONTSTAAN VAN DE VOOGDIJ

38 Het “ontstaan” van de voogdij, dit is de gebeurtenis naar aanleiding waarvan men de voogdij (opnieuw) organiseert, wordt onderscheiden van het “opvallen” van de voogdij.

Zie: F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 1, nr. 3.

Zie voor een andere terminologie: M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1435, nr. 12.

Het opvallen betreft het vacant vallen van voogdijopdrachten (zie hierover: A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 112-114, nrs. 279-280, b).

In de loop van de voogdij kunnen zich vooreerst allerlei omstandigheden voordoen waardoor de (toezieende) voogd zijn opdracht niet langer naar behoren kan vervullen: in dat geval kan hij, krachtens artikel 396, tweede lid B.W., de vrederechter verzoeken om van zijn voogdijopdracht te worden ontlast. In andere gevallen kan de (toezieende) voogdijopdracht niet meer worden uitgevoerd (zie ook: art. 397 B.W.). Tot slot is het ook mogelijk dat er zich in de loop van de voogdij omstandigheden voordoen die een grond tot uitsluiting van de (toezieende) voogdijopdracht (zouden) zijn (art. 398 B.W.).

39 De voogdij (voor de niet-ontvoogde minderjarigen) wordt in beginsel enkel ingericht in de hiertoe wettelijk aangeduide gevallen (G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, p. 871, nr. 1402). Dit is zo ingeval beide ouders overleden zijn, indien zij wettelijk onbekend zijn of indien zij in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 389 B.W.).

40 Een van de grote krachtlijnen van de Wet van 29 april 2001 betreft de volledige afschaffing van de zogeheten “gedeeltelijke voogdij”.

Zie voor een toepassing omtrent de gevolgen die de afschaffing van de ouderlijke voogdij meebrengt: Vred. Deinze 19 februari 2002, *T.Vred.* 2002, 418, waar de vrederechter oordeelt dat de “ontmanteling” van het ouderlijk gezag doordat de familieraad destijds besliste de wettelijke voogd uit zijn ambt te ontzetten en een datieve voogd te benoemen, niet wordt teniet gedaan door de Wet van 29 april 2001. Volgens de vrederechter is de destijds benoemde datieve voogd in functie gebleven zodat het verzoek tot machtiging (art. 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1, *sub* 7° B.W.) moet uitgaan van die datieve voogd en niet van de enige (langstlevende) ouder (de vader die destijds in zijn hoedanigheid van ouderlijke voogd was ontzet).

De vermelde beslissing is voor betwisting vatbaar: met de Wet van 29 april 2001 zijn alle ouderlijke voogdijen van rechtswege vervallen (per 1 augustus 2001), zo ook de rechtskracht van de in het raam van die voogdijen genomen beslissingen van de familieraad (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1540, nr. 177). Voor het vermelde toepassingsgeval betekent dit dat de bedoelde ouder per 1 augustus 2001 in zijn (vermogensrechtelijke) bevoegdheid is “hersteld” (E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabi-

tants”, in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2003, p. 8-9, nr. 7). Om de praktische problemen te verhelpen die gepaard gaan met de automatische herleving van ouderlijke bevoegdheden, pleit VERRYCKEN ervoor *de lege ferenda* een nieuwe grond voor het ontstaan van de voogdij in te voeren: “de morele onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen” (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 72-79).

De gedeeltelijke voogdij ontstond in alle gevallen waarin een minderjarige slechts één ouder (meer) had: in de regel nam die ene ouder het wettelijke beheer van de goederen van zijn minderjarig(e) kind(eren) waar in zijn hoedanigheid van voogd en niet meer als titularis van het ouderlijk gezag, waarvan hij wel alle overige attributen behield (zie voor een “verhelderende” toepassing: Rb. Brussel 18 december 1979, *Rev. not. b.* 1981, 328). Had de minderjarige daarentegen geen ouders meer, dan werd een zogeheten “volledige” voogdij ingericht.

Mede krachtens het oude artikel 390 B.W. werd in alle gevallen waarin een minderjarige slechts één ouder (meer) had, deze ene ouder van rechtswege voogd met betrekking tot het beheer van de goederen van zijn minderjarige kinderen; enkel met betrekking tot het gezag over de persoon van deze kinderen bleven de regels inzake het ouderlijk gezag van toepassing. Zodoende werd, in alle gevallen waarin een minderjarige slechts één ouder heeft, een gedeeltelijke voogdij ingericht. Dit betekende dat de ene ouder het wettelijke beheer van de goederen van zijn minderjarig(e) kind(eren) in zijn hoedanigheid van voogd waarnam en niet meer als titularis van het ouderlijk gezag, waarvan hij wel alle overige attributen behield. Alle bevoegdheden met betrekking tot het beheer van de goederen van de minderjarige en met betrekking tot het gezag over zijn persoon berustten nog altijd op hetzelfde hoofd, doch in twee verschillende hoedanigheden (A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 599, nr. 664). Slechts in de uitzonderlijke gevallen waarin de wettelijke voogd, overeenkomstig de oude artikelen 427-437 B.W., van de voogdij was vrijgesteld, onbekwaam was in de zin van het oude artikel 442 B.W. of, overeenkomstig de oude artikelen 444-449 B.W., van de voogdij was uitgesloten of ontzet, werd het wettelijke beheer van de goederen van de minderjarige als voogd en het ouderlijk gezag over diens persoon gebeurlijk niet door dezelfde persoon waargenomen (*Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle légale*, Brussel, Larcier, 1930, 228, nr. 13). Had de minderjarige daarentegen geen ouders meer, dan werd een zogeheten “volledige” voogdij ingericht. Alle bevoegdheden die aan de voogd, die niet de ouder is van de minderjarige, toekwamen, nam hij waar in zijn hoedanigheid van voogd. Hoewel, krachtens het oude artikel 450, eerste lid B.W., de voogd zorg droeg over de persoon van de minderjarige, duidde zowel de rechtspraak als de rechtsleer unaniem de familieraad en niet de voogd aan als titularis van het gezag over de persoon van de minderjarige. Deze reeds vermelde niet-bestendige vergadering van in beginsel familiale verwanten delegerde deze bevoegdheid aan de voogd voor de dagdagelijkse uitoefening ervan, doch binnen de grenzen die hij hem oplegde. De rechtsgrond hiertoe lag in het oude artikel 454, eerste lid B.W. (Cass. 25 mei 1888, *Pas.* 1888, I, 241; Rb. Doornik 2 september 1968, *J.T.* 1969, 13, alwaar met betrekking tot een in overspel verwekt kind, waarvan het vaderschap rechtsgeeldig werd betwist, wordt geoordeeld dat de familieraad titularis is van het vaderschap, terwijl het de dagdagelijkse uitoefening ervan aan de datieve voogd overlaat; de familieraad ziet op de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheden toe en sanctioneert de gebeurlijke ongeschiktheid van de voogd).

Thans ontstaat de voogdij enkel nog wanneer beide ouders ongeschikt of niet meer beschikbaar zijn om het ouderlijk gezag (naar behoren) te laten functioneren. De voogdij ontstaat voortaan niet meer bij het overlijden van één ouder. Evenmin wordt de voogdij nog ingericht ten aanzien van het kind waarvan de afstamming slechts met één ouder vaststaat, dit zijn voornamelijk

de gevallen van de ongehuwde moeders, alsook de gevallen waarin de vaderlijke afstamming aan de zijde van de echtgenoot van de gehuwde moeder (met succes) werd betwist. Die ene ouder oefent het exclusieve ouderlijk gezag uit zowel wat de persoon van het minderjarige kind als wat het beheer van diens vermogen betreft.

In die optiek bepaalt artikel 375, eerste lid B.W. dat, indien de afstamming niet is vastgesteld ten aanzien van een van de ouders of indien een van hen overleden of afwezig is dan wel in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, de andere ouder dat gezag alleen uitoefent. Luidens artikel 375, tweede lid B.W. moet (enkel nog) een voogdijregeling worden uitgewerkt, als van beide ouders er geen overblijft die in staat is het ouderlijk gezag uit te oefenen. Opmerkelijk genoeg blijft deze bepaling geplaatst onder Afdeling I “De persoon van het kind” van Titel IX “Ouderlijk gezag” van Boek I van het Burgerlijk Wetboek. Het was echter beter geweest het vermelde geval van ontstaan van de voogdij in te voegen in Hoofdstuk II “Voogdij” van Titel X (B. POELEMANS, “De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag”, in P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 146, nr. 258).

Artikel 375, eerste lid B.W. werd ingevoerd door de Afstammingswet van 31 maart 1987, waarbij noch het begrip “afwezigheid” noch het begrip “onmogelijkheid om zijn wil te kennen te geven” nader zijn omschreven (zie terzake: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 214). Het vermelde tweede lid werd toegevoegd bij Wet van 13 april 1995 “betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag” (*B.S.* 24 mei 1995, 14.484).

De bedoelde bepaling kent nu een (verruimde) draagwijdte die de “persoon van het kind” overstijgt (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 10, nr. 21).

41 Verwerft de ene ouder een ongecontroleerde bevoegdheid over de goederen?

Er is immers geen andere ouder (meer) om op de uitoefening van het ouderlijk gezag door de enige ouder toezicht te houden.

Dit probleem is niet nieuw (zie ook: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 2, nr. 5). Het oude recht kende evenzeer een aantal situaties waarbij de enige fungerende ouder *de facto* over een ongecontroleerde bevoegdheid beschikte.

42 Inzonderheid wat betreft de uitoefening van het ouderlijk gezag ten aanzien van de persoon, haalt de rechterlijke macht uit de wet de algemene bevoegdheid om, in het belang van het kind, de manier waarop de enige ouder zijn ouderlijke bevoegdheden uitoefent, te controleren (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 153-154, nr. 1136). Behoudens de toepasselijkheid van jeugdbeschermingsmaatregelen, kan de rechter erop toezien dat het ouderlijk gezag niet wordt uitgeoefend op een wijze die strijdig is met het belang van het kind. Aldus oordeelde het

Hof van Cassatie uitdrukkelijk dat de bepalingen van de Jeugdbeschermingswet, waarbij de ontzetting van het ouderlijk gezag wordt geregeld, geen beperking inhouden van de bevoegdheid die de rechter aan de wet ontleent om de uitoefening van het ouderlijk gezag te controleren (Cass. 9 februari 1978, *R.W.* 1978-79, (605), 606).

Aldus kan het openbaar ministerie zich in voorkomend geval wel tot de jeugdrechtbank wenden. In het sedert de Wet van 13 april 1995 ingevoerde artikel 387bis B.W. heeft de wetgever overigens de volle bevoegdheid van de procureur des Konings terzake erkend en dit op een zeer algemene manier. Ook voordien werd dit aangenomen.

De rechtspraak is echter niet eensgezind omtrent de vraag of dergelijk initiatief ook toekomt aan anderen, meer bepaald aan grootouders of andere familieleden.

In positieve zin: Luik 14 februari 1978, *Jur. Liège* 1977-78, 289, alwaar wordt geoordeeld dat het gebeurlijk de grootouders toekomt, weliswaar in het belang van hun kleinkinderen, de wijze waarop de ouders hun ouderlijk gezag waarnemen ter controle aan de rechtbank voor te leggen; Luik 12 juni 1979, *Jur. Liège* 1978-79, 299, alwaar wordt gesteld dat elke titularis van een rechtsvordering een belang moet vertonen en de hoedanigheid moet hebben om te ageren en dat te dezen een ascendent er inderdaad een moreel en een familiaal belang bij heeft dat zijn kleinkinderen degelijk worden opgevoed, opgeleid en onderhouden; Rb. Antwerpen 25 april 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 329, noot G. DE LEVAL; Kort Ged. Luik 20 december 1976, *Jur. Liège* 1976, 146; Kort Ged. Hoei 2 oktober 1985, *J.T.* 1986, 457, noot A. KEBERS; G. DE LEVAL, "Le droit d'action des grands-parents en période de divorce", *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 331 e.v.; A. KEBERS, noot onder Kort Ged. Hoei 2 oktober 1985, *J.T.* 1986, 457; J.M. PAUWELS, *Beginselen van het personen- en familierecht*, III, *Jeugdrecht – Verwantschapsrecht*, Leuven, Acco, 1986, p. 165, nr. 17.92; P. SENAËVE, "Art. 375 B.W.", in *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1987, p. 5, nr. 11; J. SOSSON, "L'attribution de la garde matérielle d'un enfant mineur à ses grands-parents", *T.B.B.R.* 1987, 31-40.

Anders: Brussel 5 december 1978, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, (326), 329, alwaar wordt geoordeeld dat, hoewel de grootouders *in casu* een wettig belang hebben bij de oplossing van het voorliggende geschil, hen niettemin de hoedanigheid ontbreekt om vrijwillig tussen te komen in het raam van een procedure "voorlopige maatregelen" ten tijde van de hangende echtscheidingsprocedure tussen hun zoon en schoondochter; Brussel (Jk.) 10 december 1985, *T.B.B.R.* 1987, (41), 44, alwaar in diezelfde zin wordt gesteld dat, hoewel de grootouders zelf een moreel belang hebben om hun kleinkind te beschermen of te doen beschermen, zij niettemin de hoedanigheid missen om *in casu* te ageren; Bergen (Jk.) 21 november 1988, *J.T.* 1989, 182.

Voormelde vraag moet worden onderscheiden van de vraag of derden de toekenning van bepaalde bestanddelen van het ouderlijk gezag kunnen vorderen, inzonderheid het recht op bewaring. Het antwoord op laatstvermelde vraag is hoe dan ook ontkenkend (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 156-157, nr. 1148; vgl.: Cass. 19 december 1975, *R.C.J.B.* 1977, 193, noot F. RIGAUX).

Wat het te exclusieven titel te voeren beheer betreft, zij hier aangestipt dat de enige ouder thans, net zoals in het geval waarbij de pupil nog zijn beide ouders heeft die al dan niet gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen, voor de in artikel 410 B.W. bedoelde handelingen de vrederechterlijke machtiging moet bekomen (art. 378 B.W.).

43 De voogdij ontstaat pas als de minderjarige geen (beschikbare) ouder (meer) in leven heeft.

De voogdij ontstaat dus indien:

- beide ouders overleden zijn;
- beide ouders wettelijk onbekend zijn;
- beide ouders in de voortdurende onmogelijkheid zijn om het ouderlijk gezag uit te oefenen.

Een combinatie van een en ander is (uiteraard) ook mogelijk.

Mutatis mutandis ontstaat de voogdij verder indien:

- de enige ouder overleden is;
- de enige ouder wettelijk onbekend is;
- de enige ouder in de voortdurende onmogelijkheid is om het ouderlijk gezag uit te oefenen.

§ 1. Beide ouders zijn overleden – Enige ouder is overleden

44 Na het overlijden van de eerststervende ouder, oefent de langstlevende ouder te exclusieven titel het ouderlijk gezag uit. Hetzelfde geldt wanneer de minderjarige maar één ouder heeft. De voogdij ontstaat pas wanneer beide ouders zijn overleden, dan wel wanneer de enige ouder is overleden. Kortom: zolang de minderjarige één ouder heeft, oefent die ene ouder te exclusieven titel het ouderlijk gezag uit (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 6, nr. 7).

45 De situatie waarbij de afstamming vaststaat ten aanzien van beide ouders is te onderscheiden van de situatie waarbij de afstamming vaststaat ten aanzien van één ouder.

A. AFSTAMMING STAAT VAST TEN AANZIEN VAN BEIDE OUDERS

46 Wanneer de afstamming ten overstaan van beide ouders vaststaat, en dit uiteraard zowel bij huwelijkse als bij buitenhuwelijkse kinderen, blijft het ouderlijk gezag in al zijn bestanddelen bestaan na het overlijden van één ouder. Zodoende ontstaat de voogdij pas na het overlijden van de langstlevende ouder.

Vgl.: Vred. Kortrijk (tweede kanton) 31 januari 2002, *T.Vred.* 2003, 178. De vrederechter oordeelt (ietwat cynisch) dat, sinds de inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001 (op 1 augustus 2001), geen enkele wetsbepaling meer voorligt die het ouderlijke beheer (van de goederen van de minderjarige kinderen) regelt: artikel 376, derde lid B.W. regelt dat geval niet, want dat artikel regelt het geval dat beide ouders nog in leven zijn, maar niet gezamenlijk het gezag over de persoon van het kind uitoefenen. Op artikel 375, eerste lid B.W. kan evenmin worden gesteund. Dat artikel bepaalt weliswaar dat, indien een van beide ouders overleden is, het gezag over het kind uitgeoefend wordt door de overlevende ouder, maar dat artikel handelt over het gezag over de persoon van het kind en niet over het beheer van de goederen van het kind. Ten gevolge van

de inwerkingtreding van voormelde wet moet vastgesteld worden dat de verzoekende ouder krachtens geen enkele wetsbepaling gelast is met het beheer van de goederen van zijn minderjarige kinderen, zodat hij van de vrederechter geen machtiging kan verkrijgen voor het verrichten van bepaalde handelingen die behoren tot dat beheer. Dit neemt niet weg dat de verzoekende ouder, die krachtens de wet gelast is met de uitoefening van het ouderlijk gezag over de persoon van zijn minderjarige kinderen (art. 375, eerste lid B.W.), de goederen van die kinderen kan beheren bij wijze van zaakwaarneming (art. 1372-1375 B.W.). Daartoe is geen machtiging vereist (zie ook: F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 59, nr. 111 met verwijzing voor de juiste regels naar: M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1439-1440, nr. 19).

Hoewel de vrederechter (ergens) een punt heeft, kan dergelijke rechtspraak geen bijval genieten. Waar de wetgeving gebeurlijk een leemte kent, komt het de rechtspraak toe om ze creatief te verhelpen, niet om ze in de verf te zetten ten koste van de rechtzoekende.

47 Elk kind heeft recht op een zekere stabiliteit en continuïteit in zijn opvoeding, hetgeen aldus, na het overlijden van een van beide ouders, veelal wordt verzekerd door de langstlevende ouder.

Hebben de ouders tijdens hun leven samengewoond, dan zal de langstlevende ouder in beginsel de ingezette opvoedingswijze voortzetten en de impliciete afspraken die zij hieromtrent genomen hadden, verder uitvoeren (H. CASMAN, "De vrederechter en de persoon van de minderjarige – Enkele vraagpunten", in G. BAETEMAN (ed.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 99, nr. 37).

Hetzelfde geldt, ook al woonden de ouders niet (meer) samen, indien de langstlevende ouder diegene is bij wie het kind hoofdzakelijk verbleef (H. CASMAN, "De vrederechter en de persoon van de minderjarige – Enkele vraagpunten", *t.a.p.*, p. 99, nr. 38).

48 Voormelde stabiliteit en continuïteit is evenwel niet altijd voorhanden.

Zie ook: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 2, nr. 5, die het, voor de zogeheten "mozaïekgezinnen" of hersamengestelde gezinnen, betreuren dat de wetgever daarmee in het raam van het voogdijrecht geen rekening heeft gehouden.

Immers, ook wanneer, overeenkomstig artikel 374 B.W., bij uitzondering de uitoefening van het ouderlijk gezag aan één ouder is opgedragen en deze ouder overlijdt, oefent de langstlevende ouder het exclusieve ouderlijk gezag uit. De langstlevende ouder wordt de te exclusieven titel fungerende ouder, en dit ongeacht de omvang van het hem tot op dat ogenblik toegekende recht op persoonlijk contact of van het tot op dat ogenblik daadwerkelijk uitgeoefende omgangsrecht en zelfs wanneer hem voormeld recht op persoonlijk contact om "bijzonder ernstige redenen" werd geweigerd (art. 374, vierde lid B.W.). Zo betekent artikel 302 B.W., dat bepaalt dat na de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding het wettelijke beheer van de goederen van het kind en het gezag over zijn persoon ofwel door beide ouders gezamenlijk wordt uitgeoefend ofwel door degene aan wie een en ander werd toevertrouwd, immers geenszins dat de ouder aan wie de kinderen niet werden toevertrouwd, van alle rechten zou zijn vervallen (Rb. Antwerpen 29 september 1961, *R.W.* 1962-63, (276), 277). Voormelde bepaling bedoelt alleen in

geval van echtscheiding, naast de principiële gezamenlijke gezagsuitoefening, een aantal andere mogelijkheden open te stellen. De overeenkomstig artikel 302 B.W. vastgelegde regeling vervalt door de dood van een van de echtgenoten (Cass. fr. 13 augustus 1884, *D.P.* 1885, I, 40). Zelfs de niet van het ouderlijk gezag ontzette moeder wordt de te exclusieven titel fungerende ouder bij het overlijden van de van het ouderlijk gezag ontzette vader, ook al was het een derde die de naar aanleiding van voormelde ontzetting ingerichte provoogdij waarnam (art. 34, derde lid Jeugdbeschermingswet; Cass. 19 september 1984, *R.W.* 1985-86, 316). De situatie is anders zo ook de langstlevende ouder van het ouderlijk gezag is (wordt) ontzet (art. 32-33 Jeugdbeschermingswet). Maar dan nog behoudt de langstlevende ouder in voormelde situaties in beginsel alle andere bevoegdheden van het ouderlijk gezag (zie evenwel: art. 33 Jeugdbeschermingswet, krachtens welk de volledige ontzetting van het ouderlijk gezag slaat op alle rechten voortvloeiende uit dit ouderlijk gezag).

Zie: G. BAETEMAN en J. GERLO, "Overzicht van rechtspraak (1975-1980) – Personen- en familie-recht", *T.P.R.* 1981, p. 940-941, nr. 245; G. VAN OOSTERWYCK, "Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 232, nr. 315; E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1976-1982) – Personnes", *R.C.J.B.* 1985, p. 515, nr. 24.

Wel moet worden aangenomen dat de langstlevende ouder zijn beslissingen moet blijven kaderen binnen de voordien door beide ouders gemaakte afspraken inzake de opvoeding van hun minderjarige kinderen (vgl.: K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, Bruylant, 1980, p. 586-590, nrs. 244-245). Theoretisch gezien, zou de langstlevende ouder, na het overlijden van de andere ouder, de voordien gezamenlijk gemaakte afspraken volledig naast zich kunnen leggen. Die houding zou echter haaks staan op de krachtlijnen die aan de Wet van 13 april 1995 "betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag" ten grondslag liggen.

Deze gewijzigde situatie zal voor het kind op ernstige en vaak ongewenste manier in zijn dagdagelijkse leven ingrijpen. Het kind dient in beginsel zijn intrek te nemen bij de langstlevende ouder, waarbij het onttrokken wordt aan zijn vertrouwde milieu dat bijvoorbeeld is ontstaan doordat de overleden ouder een nieuw gezin heeft gevormd met een nieuwe partner, al dan niet bestendigd in een nieuw huwelijk. In bepaalde omstandigheden zal dit in strijd zijn met het belang van het kind, zeker wanneer de langstlevende ouder zich reeds geruime tijd niet meer om de opvoeding van het kind heeft bekommerd: alleen als relatie tussen personen is het begrijpelijk dat men ook als ouder niet willekeurig uit het leven van een kind kan verdwijnen om er jaren later opdringerig weer in op te duiken (K. RIMANQUE, *a.w.*, p. 575-576, nr. 237).

Zie over deze problematiek zeer uitgebreid: F. APS, "Partnergezag na echtscheiding – Enkele beschouwingen omtrent de juridische mogelijkheid voor de nieuwe partner om enig gezag uit te oefenen ten aanzien van het kind van zijn (overleden) uit de echt gescheiden ouder", *Not. Fisc. M.* 1997, 1 e.v.

Een oplossing kan erin bestaan het kind aan de materiële bewaring van een andere persoon dan de langstlevende ouder toe te vertrouwen. Aldus diende het Hof van Cassatie tussen te komen in het geval van een ongehuwde moeder die haar kind aanvankelijk niet had erkend, waarna het door de familieraad aan derden was toevertrouwd met het oog op zijn adoptie. Het Hof verwierp de voorziening tegen de beslissing waarbij het verzoek van de moeder, die het kind later toch had erkend en het vervolgens opeiste nadat het vier jaar in een pleeggezin had doorgebracht, werd afgedaan als strijdig met het belang van het kind, daar het een onherstelbare schade zou lijden indien zijn affectieve banden met het pleeggezin zouden worden verbroken.

Zie: Cass. 19 december 1975, *R.C.J.B.* 1977, 193, noot F. RIGAUX; zie bv. ook: Rb. Doornik 15 juni 1962, *J.T.* 1962, (584), 585 met betrekking tot het geval van een moeder die haar kind bij zijn vader had achtergelaten en gedurende vijf jaar niet meer had opgezocht; na het overlijden van laatstgenoemde had zij overeenkomstig het door de Wet van 30 april 1958 opgeheven artikel 395 B.W. de voogdij afgewezen doch de bewaring van het kind opgeëist, hetgeen als strijdig met het belang van het kind werd beoordeeld; de rechtbank overweegt terzake “qu’il y aurait donc un grave danger psychologique à obliger cet enfant à quitter le milieu familial et sain où il a vécu jusqu’ici pour un autre où il n’irait qu’avec appréhension et, d’ailleurs, sans aucune certitude d’y trouver une affection persévérante et désintéressée” en “qu’il s’impose dans ces conditions de régler l’exercice de la puissance paternelle et de refuser à la demanderesse la garde qu’elle sollicite”; F. APS, *t.a.p.*, 7; H. CASMAN, “De vrederechter en de persoon van de minderjarige – Enkele vraagpunten”, *t.a.p.*, p. 100, nr. 42 en p. 102, nr. 49.

Het kind aan de materiële bewaring van een andere persoon dan de langstlevende ouder toevertrouwen kan zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheden van de langstlevende ouder als enige titularis van het ouderlijk gezag. Het gaat immers niet om de overdracht van het recht van bewaring aan een derde, doch slechts om de (tijdelijke) schorsing van dit prerogatief aan de zijde van de langstlevende ouder (P. SENAEVE, *a.w.*, II, p. 156-157, nr. 1148). In tegenstelling tot in Frankrijk is deze mogelijkheid echter niet wettelijk geregeld.

Zie voor Frankrijk: artikel 373-3 C.C.F.; zie voor een kritische bespreking: H. FULCHIRON, “L’exercice de l’autorité parentale en cas de décès d’un des parents”, *J.C.P.* 1990, I, nr. 3462.

De partner van de overleden ouder die tot aan zijn overlijden het ouderlijk gezag op exclusieve wijze uitoefende, zal intussen, in vergelijking met de langstlevende ouder, veelal een nauwere band met het kind hebben opgebouwd. De langstlevende ouder kan uiteraard vrijwillig het recht van bewaring aan deze partner van de overleden ouder toevertrouwen. Maar wat indien de langstlevende ouder dwarsligt? In welke mate kan de positie van deze partner terzake verstevigd worden? Het komt deze partner in ieder geval niet toe enig toezicht te houden op de uitoefening van het ouderlijk gezag door de langstlevende ouder. Ook de testamentaire voogdij kan hier geen soelaas brengen. De keuze om overeenkomstig artikel 392 B.W. een voogd aan te duiden bij laatste wilsbeschikking of bij verklaring voor de vrederechter of bij de notaris komt immers enkel persoonlijk toe aan de langstlevende ouder (C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *R.W.* 1992-93, p. 278-279, nr. 20-24). Evenmin kon de overleden ouder, die vreesde dat bij zijn overlijden

problemen zouden rijzen met betrekking tot de opvoeding van het kind als het wordt geconfronteerd met een ouder die van hem is vervreemd, bepaalde richtlijnen of maatregelen met het oog op die opvoeding vooropstellen (H. CASMAN, “De vrederechter en de persoon van de minderjarige – Enkele vraagpunten”, *t.a.p.*, p. 101, nr. 46).

Zie verder voor enige beschouwingen *de lege ferenda*: H. CASMAN, “De vrederechter en de persoon van de minderjarige – Enkele vraagpunten”, *t.a.p.*, p. 102-104, nrs. 50-53.

Wel zijn er een aantal conventionele oplossingen, zoals overeenkomsten omtrent de persoon van de minderjarige, pleegvoogdij en adoptie (zie terzake: F. SWENNEN, “Adoptie door de feitelijke partner van een oorspronkelijke ouder”, *R.W.* 2000-01, 681 e.v.), doch dit telkens met de nodige (fundamentele) problemen (F. APS, *t.a.p.*, 3-5).

Toch hoeft de partner van de overleden ouder niet noodzakelijk passief toe te kijken hoe de langstlevende ouder het gezag over de minderjarige waarneemt. Overeenkomstig het door de Wet van 13 april 1995 ingevoerde artikel 375bis B.W. kan hij als derde een recht op persoonlijk contact vorderen indien hij aantoonst dat hij met het kind een “bijzondere affectieve band” heeft (zie hierover: A. DE WOLF, “De nieuwe regeling van het omgangsrecht”, in *Coouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 229-235, nrs. 389-408). Indien de wettelijk bepaalde voorwaarden hiertoe vervuld zijn, kan hij ook zijn toevlucht nemen tot de procedure van de (gedwongen) stiefouderafadoptie (F. APS, *t.a.p.*, 8).

B. AFSTAMMING STAAT VAST TEN AANZIEN VAN ÉÉN OUDER

49 Wanneer de afstamming enkel vaststaat ten aanzien van één ouder, oefent die ouder het ouderlijk gezag (in al zijn bestanddelen) uit: de voogdij ontstaat pas als die ouder overlijdt.

50 Wanneer het vaderschap over een huwelijks kind met succes wordt betwist, wordt de voogdij niet ingericht: de moeder blijft alleen het ouderlijk gezag uitoefenen en de voogdij ontstaat enkel indien de moeder overlijdt.

§ 2. Beide ouders zijn wettelijk onbekend – Enige ouder is wettelijk onbekend

51 Deze hypothese is eerder uitzonderlijk. Zij zou zich inzonderheid kunnen voordoen in de volgende gevallen:

- een kind is te vondeling gelegd: de voogdij ontstaat bij de geboorte,
 - een kind is geboren in een land, zoals Frankrijk en Luxemburg, waar de geboorteakte kan worden opgemaakt zonder vermelding van de naam van de moeder en het kind wordt niet door de vader erkend: de voogdij ontstaat bij de geboorte
- en

– de moederlijke afstamming aan de zijde van een ongehuwde vrouw wordt met succes betwist en het kind wordt niet door de vader erkend: de voogdij ontstaat eens het vonnis van betwisting van het moederschap definitief is.

Zie over de mogelijkheid voor de vrouw om anoniem te bevallen (te onderscheiden van de situatie waarin de geboorte van het kind niet wordt aangegeven): A. DE WOLF, “Draagmoederschap in België en in Frankrijk: een stand van zaken”, in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 110-112, waarbij er op wordt gewezen dat de regel *mater semper certa est* niet van internationale openbare orde is (Cass. 29 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 129).

52 Zodra uit de akten van de burgerlijke stand blijkt dat het kind geen vaststaande afstamming (meer) heeft, moet de ambtenaar van de burgerlijke stand dit aan de territoriaal bevoegde vrederechter melden (art. 50 § 1 B.W.). In beginsel is dit de vrederechter van de plaats waar het kind in de bevolkingsregisters is ingeschreven (art. 390 B.W. *juncto* 36 Ger.W.), bij gebreke waarvan de vrederechter van de verblijfplaats *casu quo* de geboorteplaats van het kind de voogdij moet organiseren.

§ 3. Beide ouders zijn in de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen – Enige ouder is in de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen

53 Sedert de Wet van 13 april 1995 “betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag” bepaalt artikel 375, tweede lid B.W. dat een voogdijregeling moet worden uitgewerkt ingeval beide ouders nog wel in leven zijn, doch geen van hen in staat is het ouderlijk gezag uit te oefenen.

De vraag rees hoe deze onmogelijkheid moest worden vastgesteld (E. VIEUJEAN, “L’autorité parentale”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, Cahier nr. 30, 34). Met de Wet van 29 april 2001 is deze leemte verholpen (art. 1236bis Ger.W.).

De voogdij moet dus ook worden ingericht zowel indien beide ouders afwezig zijn, en dit in de juridisch-technische betekenis van het woord (art. 112-114 B.W. inzake het vermoeden van afwezigheid en art. 115-119 B.W. inzake de verklaring van afwezigheid; vgl.: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 214, voetnoot 9; G. VAN OOSTERWYCK, *t.a.p.*, p. 193-195, nr. 271), als indien zij in de onmogelijkheid verkeren hun wil te kennen te geven, waarmee alle gevallen bedoeld worden waarin de ouder niet in staat is om een geldige wilsuiting te verrichten, bijvoorbeeld omdat hij onbekwaam of verlengd minderjarig wordt verklaard, omdat hij tijdelijk is verwijderd en niet kan worden bereikt, omdat hij in de totale onmogelijkheid verkeert om te communiceren nu hij bijvoorbeeld in coma ligt, ... (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 130; B. POELEMANS, *t.a.p.*, p. 147, nr. 259).

54 In diezelfde optiek bepaalt artikel 389, eerste lid B.W. dat de voogdij ontstaat indien beide ouders “in de voortdurende onmogelijkheid zijn om het ouderlijk gezag uit te oefenen”.

SWENNEN en JANSSENS betreuren het dat de wetgever de terminologie van artikel 375, tweede lid B.W. enerzijds en artikel 389 B.W. anderzijds, laat staan die van vergelijkbare bepalingen, niet op elkaar heeft afgestemd. Het feit dat de teksten op een verschillend tijdstip zijn geredigeerd, is daarvoor een verklaring maar geen rechtvaardiging (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 2, nr. 8).

Hoewel de wetgever blijkbaar enkel de situatie van “beide ouders” voor ogen heeft, ontstaat de voogdij bij wijze van extrapolatie eveneens:

- wanneer de langstlevende ouder zich in de voortdurende onmogelijkheid bevindt en
- wanneer de afstamming slechts vaststaat ten aanzien van één ouder en deze zich in de voortdurende onmogelijkheid bevindt om het ouderlijk gezag uit te oefenen (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 15; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 8-9, nr. 18).

55 Die voortdurende onmogelijkheid kan ofwel automatisch voortvloeien uit bepaalde juridische situaties, ofwel in rechte worden vastgesteld. Zowel een wettelijke verhindering als een feitelijke verhindering geven aanleiding tot het ontstaan van de voogdij.

Uiteraard is het geenszins vereist dat aan de zijde van beide ouders een en dezelfde oorzaak van de bedoelde voortdurende onmogelijkheid voorhanden is: een combinatie van diverse oorzaken is mogelijk (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 9, nr. 19). Zo kan de ene ouder wettelijk verhinderd zijn, bijvoorbeeld omwille van diens verlengde minderjarigheid, en de andere ouder in feite verhinderd, bijvoorbeeld ingevolge internering.

§ 4. Intrekking van de ontvoogding

56 Volledigheidshalve moet ook worden gewezen op één enkele grond aan de zijde van de minderjarige zelf die de voogdij (opnieuw) doet ontstaan bij gebrek aan een beschikbare ouder: de intrekking van de ontvoogding in de zin van artikel 485 B.W.

Zie: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 2, nr. 6, alwaar de gronden tot ontstaan van de voogdij worden onderscheiden naargelang zij hetzij de minderjarige zelf, hetzij zijn vertegenwoordigers betreffen.

57 Krachtens artikel 486 B.W. komt de minderjarige, vanaf de dag dat de ontvoogding is ingetrokken, (bij gebrek aan een beschikbare ouder) terug onder voogdij; hij blijft onder voogdij totdat hij zijn meerderjarigheid heeft bereikt. In voorkomend geval, wordt de beslissing tot intrekking van de ont-

voogding aan de voogdijrechter ter kennis gebracht (art. 478 *juncto* 485, eerste lid B.W.).

SENAEVE merkt op dat artikel 486 B.W. ten onrechte uitsluitend over voogdij handelt, terwijl de minderjarige evengoed opnieuw onder het ouderlijk gezag kan komen (P. SENAEVE, *a.w.*, II, p. 242, nr. 1485).

HOOFDSTUK II

**VOORTDURENDE ONMOGELIJKHEID OM HET OUDERLIJK
GEZAG UIT TE OEFENEN**

58 Krachtens artikel 389, tweede lid B.W. wordt de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen vastgesteld door de rechtbank van eerste aanleg overeenkomstig de in artikel 1236*bis* Ger.W. omschreven procedure, tenzij die onmogelijkheid voortvloeit uit een gerechtelijke onbekwaamverklaring, uit een verlengde minderjarigheid of uit een vermoeden of een verklaring van afwezigheid.

59 Artikel 1236*bis* Ger.W. bepaalt niet welke rechtbank van eerste aanleg territoriaal bevoegd is om de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen vast te stellen. Logischerwijze moet als bevoegdheidscriterium de woonplaats van de ouder worden aanvaard (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1442, nr. 26). Als een kind bijvoorbeeld verblijft in een onthaalgezin te Brussel en de enige ouder van het kind in Charleroi woont, is het aan de procureur des Konings te Charleroi om de zaak aanhangig te maken bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Charleroi (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 81).

60 Eens de rechterlijke vaststelling is gedaan, ontstaat de voogdij en kan zij worden ingericht. Niet eerder. In die optiek valt een discrepantie op te merken tussen artikel 389, tweede lid B.W. en artikel 348-5, eerste lid B.W.: wanneer beide ouders van de pupil overleden zijn, zich in de onmogelijkheid bevinden hun wil te kennen te geven, geen gekende verblijfplaats hebben of afwezig zijn verklaard, wordt de toestemming tot adoptie gegeven door de voogd; hetzelfde geldt wanneer de afstamming van de pupil niet vaststaat of wanneer de enige ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, overleden is, zich in de onmogelijkheid bevindt zijn wil te kennen te geven, geen gekende verblijfplaats heeft of afwezig is verklaard (vgl.: het door de wetgever van 29 april 2001 herschreven art. 348 § 1, derde lid B.W.). Deze bepaling onderstelt dat in de vier vermelde gevallen automatisch de voogdij ontstaat. Dit is nochtans enkel zo bij het overlijden van beide ouders (of van de enige ouder), bij een gerechtelijke onbekwaamverklaring of een verlengde minderjarigheid en bij (een vermoeden of een verklaring van) afwezigheid (art. 112-119 B.W.). Voor de andere hypothesen moet de rechtbank van eerste aanleg eerst de voortdurende onmogelijkheid vaststellen (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 86-87). Dan pas ontstaat de voogdij en kan zij worden ingericht.

§ 1. Afdoende bewijs van de voortdurende onmogelijkheid

61 De voortdurende onmogelijkheid vloeit *ipso facto* voort uit:

- de gerechtelijke onbekwaamverklaring (art. 489 B.W.),
- de verlengde minderjarigheid (art. 487*bis* B.W.)

en

- een vermoeden of een verklaring van afwezigheid (art. 112-119 B.W.).

Wanneer beide ouders zich in één van deze gevallen bevinden, ontstaat de voogdij automatisch. Het criterium van een en ander is dat de bedoelde persoon ongeschikt is om zichzelf te leiden en zijn goederen te beheren (F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 188, nr. 231 en p. 206-208, nr. 250). De gerechtelijke vaststelling ervan impliceert dan het besluit dat die persoon evenmin kan instaan voor de persoon en de goederen van zijn kind.

62 De verdwijning bedoeld in artikel 142 B.W. (verdwijning sedert 6 maanden) geeft op zichzelf geen aanleiding tot het ontstaan van de voogdij, maar enkel tot een voorlopige beschermingsregeling (vgl.: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 215). Te dezen bepaalt artikel 142, eerste lid B.W. dat, indien één van de ouders overleden is (dan wel in de voortdurende onmogelijkheid is om het ouderlijk gezag uit te oefenen; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 20, nr. 49), zes maanden na de verdwijning van de andere ouder het gezag over de persoon van het kind en het beheer van zijn goederen voorlopig wordt geregeld overeenkomstig de artikelen 389 en volgende B.W. Hetzelfde geldt wanneer de afstamming slechts vaststaat ten aanzien van één ouder en die verdwenen is (art. 142, tweede lid B.W.).

63 Ingeval één ouder gerechtelijk onbekwaam dan wel verlengd minderjarig wordt verklaard, of zo er met betrekking tot zijn persoon een vermoeden of een verklaring van afwezigheid voorligt, blijft de andere ouder het ouderlijk gezag alleen uitoefenen (art. 375, eerste lid B.W.). Principieel kadert artikel 375, eerste lid B.W. enkel binnen de gezagsuitoefening over “de persoon van het kind” (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 146-147, nr. 1109), wat te betreuren valt (G. VAN OOSTERWYCK, “Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding”, in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 195, nr. 271 en p. 198, nr. 277). Niettemin kan echter, op basis van één van de krachtlijnen van de Wet van 29 april 2001, volgens welke bij overlijden van één ouder en wanneer er maar één ouder is het ouderlijk gezag behouden blijft, worden gesteld dat het vermelde artikel 375, eerste lid B.W. doelt op het ouderlijk gezag in al zijn bestanddelen, dus ook op het beheer van de goederen (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 10, nr. 21).

64 Staat de afstamming slechts vast ten aanzien van één ouder, dan zal de voogdij ontstaan wanneer deze ouder onbekwaam wordt verklaard, onder het statuut van verlengde minderjarigheid wordt geplaatst, of zo er met betrekking tot hem een vermoeden of een verklaring van afwezigheid is.

Hetzelfde geldt indien het de langstlevende ouder betreft.

§ 2. Feitelijke bewijs van de voortdurende onmogelijkheid

65 Indien de voortdurende onmogelijkheid niet voortvloeit uit een van de beschreven maatregelen, moet ze worden vastgesteld door de rechtbank van eerste aanleg en dit overeenkomstig een nieuwe *sui generis*-procedure in raadkamer. Die verloopt in de regel op eenzijdig verzoekschrift van de procureur des Konings, die ambtshalve dan wel op verzoek van iedere belanghebbende optreedt.

Zie bv.: Rb. Nijvel 24 oktober 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 405, dat het geval betreft van een langstlevende ouder die ingevolge een motorongeval onbekwaam is om zijn goederen te beheren en diens gevolgde onder voorlopig bewind is geplaatst, waarna de Rechtbank beslist dat hij in de onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen.

66 De overbelasting van de parketten zorgt evenwel voor vertraging bij het initiëren van de bedoelde procedure. Die toestand kan nadelig zijn, bijvoorbeeld voor de minderjarige van wie de ouders het slachtoffer zijn geworden van een verkeersongeval en diens gevolgde in de onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen. De uitoefening van het ouderlijk gezag ligt stil, en dit terwijl voor de ouders zelf vrij vlot in een beschermingsstatuut kan worden voorzien, inzonderheid het voorlopig bewind.

Het vermelde voorbeeld is niet uit de lucht gegrepen: aan de Vrederechter te Herstal wordt het geval voorgelegd van een minderjarige wiens vader in een verkeersongeval is omgekomen en wiens moeder ingevolge ditzelfde verkeersongeval in de onmogelijkheid is terecht gekomen om het ouderlijk gezag verder (alleen) uit te oefenen (C. CAPITAINE, "Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale", in Y.-H. LELEU, *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 141-146). De moeder is vrij vlot onder voorlopig bewind geplaatst. Niettemin loopt de procedure van vaststelling van de onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen, aanzienlijke vertraging op. De oorzaak ligt in de overbelasting van het openbaar ministerie aan wie de vermelde vrederechter het omstandige dossier heeft overgemaakt ...

Om een geval als het voormelde te verhelpen, heeft de wetgever van 13 februari 2003 in een bijkomende bepaling voorzien (art. 1236bis § 1, tweede lid Ger.W.): ingeval aan de ouders of de ouder die alleen het ouderlijk gezag uitoefent een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd, kan de vordering tot vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen ook door de voorlopige bewindvoerder worden ingesteld (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 50 1772/003, p. 6; *Parl. St.* Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 27-28; T.

MOREAU en J. SOSSON, “La loi du 13 février 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens des mineurs”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 711-712; M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 80-81). De voorlopige bewindvoerder van de ouder(s) kan dus een vordering inleiden tot vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen, zonder tussenkomst van het openbaar ministerie (C. CAPITAINE en S. THIELEN, “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 98-99, die aanstippen dat misbruiken uit den boze zijn aangezien de voorlopige bewindvoerder een verantwoordelijk persoon is wiens doen en laten slechts binnen zijn opdracht kan kaderen en onder controle van de vrederechter staat).

Zie voor een toepassing: Vred. Herstal 4 april 2003, *T. Vred.* 2004, 239: in het raam van de beschikking tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder ten behoeve van de langstlevende ouder van een verlengd minderjarige, draagt de vrederechter aan de voorlopige bewindvoerder op om binnen een maand (na de betekening van de beschikking) een vordering tot vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen, in te stellen. Deze beslissing lijkt eigenaardig in die zin dat artikel 487*quater* B.W. in een vrij soepele regeling voorziet om het ouderlijk gezag over een verlengd minderjarige om te zetten in voogdijgezag (P. SENAËVE, *a.w.*, I, p. 268, nr. 650).

Of de voorlopige bewindvoerder krachtens artikel 488*bis*, f § 3, *sub* a B.W. de bijzondere machtiging van de vrederechter nodig heeft om de bedoelde procedure in te leiden, wordt betwist. PINTENS stelt de vrederechterlijke machtiging voorop (W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *T.Vred.* 2003, p. 137, nr. 30; zie ook: C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 99-100; G. VERSCHULDEN, “De aanpassing van het beschermingsregime inzake het beheer van de goederen van minderjarigen”, *T.V.W.* 2003, 255; G. VERSCHULDEN, “De Wet van 13 februari 2003 inzake het beheer van de goederen van minderjarigen: een reparatiewet met belangrijke gevolgen”, *T.J.K.* 2003, p. 140, nr. 23). Volgens een andere strekking gaat het hier duidelijk om een bevoegdheid met gevolgen betreffende de persoon van de onder bewind gestelde: als de rechter de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen vaststelt, dan gaat het ouderlijk gezag van de onder bewind gestelde ouder(s) teloor. Nu zulks vreemd is aan het goederenbeheer van de voorlopige bewindvoerder, treedt hij hier in persoon op en behoeft hij geen vrederechterlijke machtiging. Artikel 488*bis*, f § 3, *sub* a B.W. is enkel van toepassing als de voorlopige bewindvoerder optreedt als vertegenwoordiger van de beschermde persoon (Chr. CASTELEIN, “De reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 37-38, nrs. 91-93).

Spijtig genoeg is de wetgever van 13 februari 2003 vergeten de bedoelde rechtsvordering toe te kennen aan de voogd van (de) gerechtelijke onbekwaamverklaarde ouder(s).

67 Bij het verzoekschrift worden alle nuttige inlichtingen gevoegd, inzonderheid het oordeel van de vader en de moeder, dat van de bloedverwanten in de opgaande lijn in de tweede graad van de minderjarige en dat van zijn meerderjarige broers en zussen. De rechtbank beveelt de persoonlijke verschijning van de personen die zij nodig acht te horen. Indien een van de personen van wie de initiatiefnemer (de procureur des Konings of de voorlopige bewindvoerder – deze aanpassing is de wetgever van 13 februari 2003 vergeten) het oordeel heeft moeten inwinnen, ongunstig adviseert, wordt deze eveneens opgeroepen en, wanneer hij verschijnt, kan hij door middel van een eenvoudige akte verklaren dat hij in het geding wenst tussen te komen. De minderjarige over wie de voogdij zou ontstaan, wordt hoe dan ook opgeroepen vanaf de leeftijd van twaalf jaar. Hij wordt in voorkomend geval afzonderlijk gehoord.

68 De rechtbank wijst de vordering toe op het bewijs van de voortdurende onmogelijkheid. In voorkomend geval beslist zij of de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen voor de vader, voor de moeder of voor beiden het verlies meebrengt van het (wettelijke) in artikel 384 B.W. bedoelde genotsrecht (Rb. Nijvel 27 juni 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 401; Rb. Nijvel 10 oktober 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 403; Rb. Nijvel 24 oktober 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 405; Rb. Nijvel 19 december 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 407). De griffier bezorgt aan de territoriaal bevoegde vrederechter een voor eensluidend verklaard afschrift van de beslissing. Deze laatste organiseert de voogdij zodra de beslissing een definitief karakter heeft.

69 De wetgever voorziet tevens in een procedure tot opheffing van de vermelde vaststelling van voortdurende onmogelijkheid. Zij start middels een door de bedoelde ouder(s) ingediend verzoekschrift. De griffier zendt het verzoekschrift toe aan de procureur des Konings. Deze laatste wint de nodige inlichtingen in en zendt vervolgens het verzoekschrift samen met de inlichtingen en zijn advies toe aan de rechtbank. De verdere procedure is dezelfde als bij de vordering tot vaststelling. Indien aan de vordering gevolg wordt gegeven, zendt de griffier een voor eensluidend verklaard afschrift van de beslissing toe aan de vrederechter van de plaats waar de voogdij is ontstaan, waarna de voogdij een einde neemt op de datum van het proces-verbaal waarin bevonden wordt dat rekening en verantwoording is gedaan door de uittredende voogd, dat de rekening is goedgekeurd en dat aan de voogd kwijting is verleend (art. 415, tweede lid B.W.). Het lijkt evident dat bij de opheffing van de onmogelijkheid er ook een opheffing is van het gebeurlijke verlies van het genotsrecht in de zin van artikel 384 B.W. (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 12, nr. 31).

70 Welke zijn nu de toepassingsgevallen?

In de Memorie van Toelichting bij de Wet van 29 april 2001 geeft de wetgever een aantal voorbeelden: gevangenisstraf of langdurige verdwijning, lange internering (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 15). In die zin beslist de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel dat de moeder die omwille van de

moord op de vader tot vijftien jaar opsluiting is veroordeeld, in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen (Rb. Nijvel 19 december 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 407). In een ander geval besliste diezelfde Rechtbank dat de langstlevende ouder, wiens spoor men al jaren bijster is, in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen (Rb. Nijvel 10 oktober 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 403).

Deze lijst is uiteraard niet exhaustief (F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 3, nrs. 11-12; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 10, nr. 22).

Zo kan nog gedacht worden aan een al dan niet gedwongen langdurige psychiatrische opname, aan een gedwongen verpleging in een gezin dan wel een gedwongen behandeling in een ziekenhuis op basis van de Wet van 26 juni 1990 “betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke”, aan de toevoeging van een gerechtelijk raadsman in de zin van de artikelen 513 B.W. en 1247 Ger.W., aan de aanwijzing van een voorlopige bewindvoerder in de zin van de Wet van 18 juli 1991 “betreffende de bescherming van de goederen van de personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren”, aan een langdurige ziekte of een medische toestand die geen aanleiding heeft gegeven tot de organisatie van enig beschermingsstatuut (coma, algehele verlamming met verlies van de mogelijkheid om nog een eigen wil te uiten) en aan een vestiging in het buitenland.

Uit het feit dat de ouders op permanente wijze in het buitenland gevestigd zijn, kan worden afgeleid dat ze zich in de voortdurende onmogelijkheid bevinden om het ouderlijk gezag uit te oefenen (Rb. Nijvel 27 juni 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 401, waar de Rechtbank rekening houdt met de omstandigheid dat de ene ouder, die in de Verenigde Staten verblijft, ermee instemt dat zijn kind verder verblijft bij de partner van de overleden moeder). Deze ruime interpretatie kan een oplossing bieden voor de al dan niet begeleide minderjarige vreemdeling over wie in België de voogdij moet worden georganiseerd (Chr. CASTELEIN, “De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 51, nr. 113). De voogdij is tenslotte een beschermingsstatuut dat in zoveel mogelijk gevallen moet kunnen worden toegepast.

71 Noch de toevoeging van een gerechtelijk raadsman noch de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder kunnen volstaan om er de onmogelijkheid uit af te leiden (Rb. Nijvel 24 oktober 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 405). Die maatregelen impliceren allebei een gedeeltelijke en tevens beperkte handelingsonbekwaamheid: mede om die reden kan van een “voortdurende” onmogelijkheid tot uitoefening van het ouderlijk gezag geen sprake zijn (A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 106, nr. 256, die wijst op het tijdelijke karakter van de plaatsing onder voorlopig

bewind; art. 488*bis*, a B.W.: “zij het tijdelijk”). Bovendien betreft een en ander enkel de goederen van de beschermde persoon: in die optiek laten zij de titulaatuur van het ouderlijk gezag onverlet, omdat die (ook) de persoon raakt. Toch is hier niet het gevolg maar het criterium van de maatregel van onbekwaamheid relevant. Uit het abstracte criterium van de hier besproken maatregelen vloeit niet noodzakelijk een voortdurende onmogelijkheid tot gezagsuitoefening voort. Is die onmogelijkheid *in concreto* wel voorhanden, dan moet ze *ad hoc* door de rechter worden vastgesteld (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 3, nr. 11). Zoals voormeld, kan, ingeval aan de ouders of de ouder die alleen het ouderlijk gezag uitoefent een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd, de vordering tot vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen ook door de voorlopige bewindvoerder worden ingesteld (art. 1236*bis* § 1, tweede lid Ger.W.).

72 Zoals de wetgever zelf aangeeft, komt ook de (langdurige) internering in de zin van (art. 7 van) de Wet van 9 april 1930 “tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten” in aanmerking. Bedoeld is niet enkel de verdachte van een wanbedrijf of een misdaad die (ten tijde van de berechting) verkeert “hetzij in staat van krankzinnigheid, hetzij in een ernstige staat van geestesstoornis of van zwakzinnigheid die hem ongeschikt maakt tot het controleren van zijn daden” (art. 7), maar ook de reeds veroordeelde die tijdens de hechtenis “in staat van krankzinnigheid of in een ernstige staat van geestesstoornis of van zwakzinnigheid wordt bevonden die hem ongeschikt maakt tot het controleren van zijn daden” (art. 21).

73 Hoewel zij aan de veroordeelde enkel de bekwaamheid ontnemt om “zijn goederen te beheren en erover te beschikken” (behalve bij testament en bij huwelijkscontract), is de wettelijke onbekwaamheid (in de zin van art. 22 Sw.) evenzeer te vermelden: het is de wettelijke onbekwame “in feite” onmogelijk om het ouderlijk gezag uit te oefenen (gedurende de uitvoering van de langdurige vrijheidsstraf).

Zie: H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 9-10, nr. 2, die in diezelfde optiek ook verwijzen naar de “ontzetting” in de zin van de artikelen 31-33 Sw.

74 De onmogelijkheid moet “voortdurend” zijn: een gewone tijdelijke verhindering van de ouder(s) volstaat niet om tot het ontstaan van de voorgedij aanleiding te geven. De rechtbank moet, rekening houdend met de omstandigheden van elk geval en met het belang van het kind, beslissen of de wettelijke voorwaarden vervuld zijn (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 15).

Daarentegen moet het niet noodzakelijk gaan om een “blijvende” onmogelijkheid (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 8, nr. 2).

75 De ontzetting van het ouderlijk gezag komt hier niet in aanmerking: zij blijft geregeld door de Jeugdbeschermingswet, wat betekent dat de ontzetting

uit het ouderlijk gezag de voogdij niet doet ontstaan. De ontzetting kan overigens ook tijdelijk, gedeeltelijk en beperkt zijn. Ze impliceert dus niet noodzakelijk de in artikel 389 B.W. bedoelde voortdurende onmogelijkheid. Voorts kadert de ontzetting binnen een geheel van jeugdbeschermingsmaatregelen, waarop de jeugdrechter toeziet (zie ook: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 131-132).

In geval van ontzetting van hetzij beide ouders hetzij de enige ouder, komt er een “provoogd” die de jeugdrechtbank aanwijst. Ook ingeval slechts “één der ouders” is ontzet, kan “in het belang van de minderjarige” een derde als provoogd worden aangeduid (art. 34, derde lid van de Jeugdbeschermingswet).

De wetgever opteert duidelijk voor het behoud van een afzonderlijke regeling van de ontzetting van het ouderlijk gezag (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 10, nr. 2). Dit onderscheid is essentieel want het betreft een totaal andere situatie. In de eerste plaats kan de ontzetting van het ouderlijk gezag zowel betrekking hebben op alle als op een gedeelte van de ouderlijke rechten. De regeling inzake de gewone voogdij waarvan hier sprake is, is niet aangepast aan een gedeeltelijke ontzetting. De ontzetting van het ouderlijk gezag is bovendien vaak tijdelijk. Als blijkt dat de ouders onbekwaam of onwaardig zijn, worden zij uit het ouderlijk gezag ontzet maar het is de bedoeling dit te verhelpen en het gezin in betere omstandigheden opnieuw te verenigen. De ontzetting is een maatregel in het raam van de jeugdbescherming: zij wordt uitgesproken door de jeugdrechter, eventueel samen met andere maatregelen. Derhalve is het onontbeerlijk dat de jeugdrechter het toezicht op het geheel van de maatregelen en op de desbetreffende bevoegdheden behoudt, zodat hij de noodzakelijke wijzigingen in het belang van het kind kan bevelen. Dit betekent dat de vervangende (pro)voogdij moet worden georganiseerd onder toezicht van de jeugdrechter (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 15*).

76 Indien slechts één van beide ouders (in feite) voortdurend verhinderd is om het ouderlijk gezag uit te oefenen, moet dit niet in rechte worden vastgesteld (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 11, nr. 26). Alsdan oefent, krachtens artikel 375, eerste lid B.W., de andere ouder exclusief het ouderlijk gezag uit, zowel over de persoon als met betrekking tot de goederen van de minderjarige.

Wanneer echter de andere ouder overlijdt of wettelijk verhinderd wordt ingevolge onbekwaamverklaring, verlengde minderjarigheid of afwezigheid, moet die feitelijke onmogelijkheid aan de zijde van de ene ouder wel in rechte worden vastgesteld.

Bestaat er een feitelijke onmogelijkheid aan de zijde van beide ouders, dan moet die in rechte worden vastgesteld.

In beide laatste gevallen ontstaat de voogdij.

HOOFDSTUK III ONTSTAAN VAN DE VOOGDIJ BIJ ADOPTIE

§ 1. Na gewone adoptie of volle adoptie door twee adoptanten

77 De voogdij ontstaat bij het overlijden van de langstlevende adoptieve ouder. De voogdij ontstaat ook indien beide adoptieve ouders in de voortdurende onmogelijkheid zijn het ouderlijk gezag uit te oefenen gedurende de minderjarigheid van de geadopteerde (art. 353-9, tweede lid B.W.).

Het woord “voortdurende” (onmogelijkheid) ontbreekt in de vermelde wettekst (vgl.: art. 389, eerste lid B.W.).

Het is evident dat de voogdij evenzeer ontstaat indien de langstlevende adoptieve ouder in de voortdurende onmogelijkheid is het ouderlijk gezag uit te oefenen (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 13, nr. 32).

78 Wanneer, na een in kracht van gewijsde gegane beslissing van gewone adoptie, de afstamming van het geadopteerde kind ten aanzien van een derde komt vast te staan, laat dit, krachtens artikel 350, tweede lid B.W., de adoptie bestaan. Zij heeft slechts gevolgen voor zover deze niet in strijd zijn met die van de adoptie.

Ingevolge een prejudiciële vraag van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen (van 21 april 1997) oordeelt het Arbitragehof, bij arrest van 20 mei 1998 (nr. 50/98; *J.L.M.B.* 1998, 1157, noot D. PIRE, *R.W.* 1998-99, 710, *Rev. not. b.* 1999, 249, noot E. BEGUIN), dat het oude artikel 362, tweede lid B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt voor zover die bepaling van toepassing was op de buitenhuwelijkse kinderen die vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 (op 6 juni 1987) door hun moeder zijn geadopteerd (dit zijn de zogeheten “regularisatieadopties”) en nadien door hun vader zijn erkend.

Te dezen betekent dit concreet dat na een vaderlijke erkenning van een dergelijk kind, beide ouders wel degelijk het ouderlijk gezag uitoefenen. Bij overlijden van een van hen blijft de langstlevende het ouderlijk gezag uitoefenen. De voogdij ontstaat pas wanneer de langstlevende overlijdt of indien deze in de voortdurende onmogelijkheid is het ouderlijk gezag uit te oefenen, dan wel indien beiden in de voortdurende onmogelijkheid verkeren het ouderlijk gezag uit te oefenen. Zie over de bedoelde regularisatieadopties: I. ANNÉ, “Recente ontwikkelingen inzake adoptie”, in P. SENAËVE (ed.), *Themiscahier – Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2001, p. 56-57, nr. 32; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 14-15, nrs. 34-37.

Thans bepaalt artikel 350, eerste lid B.W. dat vaststelling van de afstamming van de geadopteerde ten aanzien van de adoptant of van een van de adoptanten nadat het vonnis van adoptie in kracht van gewijsde is gegaan, vanaf dat tijdstip en voor de toekomst een einde maakt aan de adoptie ten aanzien van die adoptant of van die adoptanten; vaststelling van de afstamming van de geadopteerde ten aanzien van een andere persoon dan de adoptant of de adoptanten nadat het vonnis van adoptie in kracht van gewijsde is gegaan, maakt daaraan geen einde, aldus artikel 350, tweede lid B.W. (zie voor een kritische evaluatie: F. SWENNEN, “Het nieuwe interne adoptierecht: *horresco referens*”, *R.W.* 2003-04, p. 450, nr. 37). Artikel 353-9, eerste lid B.W. bepaalt dat bij adoptie door echtgenoten of samenwonenden, of ingeval de geadopteerde het kind of het adoptieve kind is van de echtgenoot van de adoptant, of van de persoon met wie hij samenwoont, het ouderlijk gezag gezamenlijk door beide echtgenoten of samenwonenden wordt uitgeoefend (zie voor een kritische evaluatie: F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 443, nr. 10 en p. 453, nr. 54).

§ 2. Na gewone adoptie of volle adoptie door één adoptant van een kind, dat geen kind of adoptief kind is van zijn echtgenoot

79 De voogdij ontstaat bij het overlijden van de adoptant of indien de adoptant in de voortdurende onmogelijkheid is het ouderlijk gezag uit te oefenen.

Waar, krachtens het oude artikel 361 § 1, tweede lid B.W., elk geval van éénouderadoptie aanleiding gaf tot inrichting van de voogdij (M. VERRYCKEN, “Adoptie en voogdij”, *T.Vred.* 1969, 242), heeft de wetgever van 29 april 2001 deze bepaling opgeheven: zolang een ouder niet afwezig is, niet onbekwaam is verklaard, zich niet in staat van verlengde minderjarigheid of in de voortdurende onmogelijkheid bevindt het ouderlijk gezag uit te oefenen, wordt hij belast met het ouderlijk gezag over de persoon van het kind en met het beheer van zijn goederen; in dat geval wordt in geen enkele vorm van voogdij voorzien (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 13).

Thans bepaalt artikel 353-8, tweede lid B.W. dat de voogdij wordt ingericht wanneer de adoptant overlijdt of zich in de onmogelijkheid bevindt het ouderlijk gezag uit te oefenen gedurende de minderjarigheid van de geadopteerde.

Ook hier ontbreekt het woord “voortdurende” (onmogelijkheid) in de wettekst (vgl.: art. 389, eerste lid B.W.).

Waar artikel 353-8 B.W. kadert binnen de gevolgen van de gewone adoptie, geldt zulks ook bij volle adoptie.

§ 3. Na stiefouderadoptie

A. NA GEWONE STIEFOUDERADOPTIE

80 Bij gewone stiefouderadoptie is de enige adoptant samen met zijn echtgenoot of samenwonende titularis van het ouderlijk gezag en dit met inbegrip van het wettelijke genot, als hij diens kind heeft geadopteerd (art. 353-9, eerste lid B.W.).

Luidens het oude artikel 361 § 2, tweede lid B.W., werd, in geval van overlijden, gerechtelijke onbekwaamverklaring of verklaring van afwezigheid van de adoptant gedurende de minderjarigheid van de geadopteerde, de voogdij ingericht.

Thans ontstaat de voogdij enkel wanneer beiden overleden zijn of in de voortdurende onmogelijkheid zijn het ouderlijk gezag uit te oefenen, zo ook indien de langstlevende ouder in de voortdurende onmogelijkheid is om het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 353-9, tweede lid B.W.).

81 In een opmerkelijk vonnis van de Jeugdrechtbank van Antwerpen van 11 januari 2000 (*R.W.* 2000-01, 701) wordt de oude regeling, die gold voor gehuwden, uitgebreid tot samenwonenden: de feitelijke partner van de moeder van het kind mag dit kind adopteren en oefent samen met de moeder het

ouderlijk gezag uit (F. SWENNEN, “Adoptie door de feitelijke partner van een oorspronkelijke ouder”, *R.W.* 2000-01, 681 en 683).

Zie voor goedkeurende bespreking: G. VERSCHULDEN, “Adoptie door de ongehuwde partner, ouderlijk gezag en het belang van het kind”, *T.B.B.R.* 2000, 408-422.

Zie ook reeds: Vred. Beveren 7 april 1998, *J.L.M.B.* 2002, 801, waarbij de vrederechter de lesbische “mee-moeder”, die de rol van vader op zich had genomen, veroordeelt tot een onderhoudsuitkering voor de kinderen na beëindiging van de lesbische relatie: van belang daarbij was blijkbaar dat de mee-moeder met de kunstmatige inseminatie bij haar vriendin had ingestemd (zie ook: art. 318 § 4 B.W.).

In zijn arrest van 3 mei 2000 (nr. 49/2000) neemt het Arbitragehof evenwel een afwijzende houding aan (*J.L.M.B.* 2000, 1063, noot D. PIRE, *J.T.* 2000, 536, noot Y.-H. LELEU, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 413, *R.W.* 2000-01, 687, noot F. SWENNEN, *T.J.K.* 2000, 75). Het Hof oordeelt dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden waar het oude artikel 361 § 2, eerste lid B.W. bepaalde dat beide echtgenoten het ouderlijk gezag uitoefenen indien de adoptant het kind van zijn echtgenoot adopteert, terwijl dit niet het geval is indien de adoptant het kind van zijn ongehuwde partner adopteert, nu de wetgever vermocht, rekening houdend met een geïnstitutionaliseerde vorm van duurzaam samenleven, de uitzondering van het oude artikel 361 § 2, eerste lid B.W. voor te behouden voor het huwelijk en alzo het huwelijk te bevoorrechten ten aanzien van het ongehuwd samenwonen (I. ANNÉ, *t.a.p.*, p. 45-46, nr. 14). Het Hof merkt wel op dat de vraag niet rijst of de vermelde afwijking van het ouderlijk gezag die geldt voor gehuwde koppels al dan niet moet worden doorgetrokken naar de wettelijke samenwoning.

In zijn arrest van 28 november 2001 (nr. 154/2001) bevestigt het Arbitragehof deze laatste extrapolatie (*A.J.T.* 2001-02, 887, noot J. VAN BROECK, *J.T.* 2002, 83, noot Y.-H. LELEU, *R.W.* 2001-02, 949, noot P. SCHOLLEN, *T.J.K.* 2002, 28, noot M. GYSBERGS). In tegenstelling tot wat het stelt in zijn arrest van 3 mei 2000 inzake de feitelijk samenwonenden, zegt het Hof hier wel voor recht dat het oude artikel 361 § 2, eerste lid B.W. de artikelen 10-11 van de Grondwet schendt doordat het zijn gevolgen niet uitbreidde tot twee personen van verschillend geslacht die een verklaring van wettelijke samenwoning hebben afgelegd. Wanneer een man en een vrouw de in artikel 1475 B.W. bedoelde verklaring hebben afgelegd en zich er aldus toe verbinden zich te onderwerpen aan de in de artikelen 1477 en volgende B.W. beschreven plichten, geven zij daardoor het bestaan van een voornemen van gemeenschappelijk gezinsleven te kennen. Wanneer een van de samenwonenden een kind heeft, is het in overeenstemming met het belang van dat kind dat het de andere samenwonende als zijn vader of moeder zou kunnen beschouwen.

De rechtspraak gaat dus enkel op indien de wettelijk samenwonenden van een verschillend geslacht zijn (J. VAN BROECK, “Wie a zegt ... – Een stand van zaken over de adoptie door de partner van een oorspronkelijke ouder”, noot onder Arbitragehof 28 november 2001, *A.J.T.* 2001-02, p. 891, nr. 12).

Het Hof ziet een belangrijk verschil tussen de juridische situatie van feitelijk samenwonenden enerzijds en deze van de wettelijk samenwonenden anderzijds. Door het afleggen van een verklaring van wettelijke samenwoning nemen deze laatsten immers een aantal juridische verplichtingen op zich (art. 1477 B.W.) die de feitelijk samenwonenden niet dragen. Hierdoor geven zij, aldus het Hof, “het bestaan van een voornemen van een gemeenschappelijk gezinsleven te kennen”. Blijkbaar acht het Hof (*a contrario*) dit voornemen niet aanwezig bij feitelijk samenwonenden, of toch minstens veel moeilijker vast te stellen.

Zie voor een kritische bespreking: P. SCHOLLEN, “Adoptie door twee wettelijk samenwonenden van verschillend geslacht”, noot onder Arbitragehof 28 november 2001, *R.W.* 2001-02, p. 951, nr. 4; zie ook: S. MOSSELMANS, “De Wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning en het gelijkheidsbeginsel – Creëert deze Wet een discriminatie tegenover de gehuwde personen?”, *R.W.* 2000-01, p. 1044-1045, nrs. 9-10.

Zie intussen: Arbitragehof 8 oktober 2003 (nr. 134/2003), *R.W.* 2003-04, 1016, noten T. ROBERT en V. VERLINDEN, *T.J.K.* 2004, 40-43, noot T. ROBERT. Het Arbitragehof beslist dat uit het feit dat het ouderlijk gezag thans enkel kan worden gevestigd ten aanzien van de personen die een afstammingsband hebben met het kind, volgt dat kinderen zonder toelaatbare verantwoording verschillend worden behandeld. Het komt evenwel aan de wetgever toe om te preciseren onder welke voorwaarden het ouderlijk gezag kan worden uitgebreid tot andere personen.

Samengevat komt voormelde rechtspraak hierop neer dat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag na gewone stiefouderadoptie door de echtgenoot wordt uitgebreid tot de gewone stiefouderadoptie door de wettelijk samenwonende partner van het andere geslacht dan de oorspronkelijke ouder maar niet tot de gewone stiefouderadoptie door de partner met wie hij een feitelijk gezin vormt. Het huwelijk en de wettelijke samenwoning mogen ten opzichte van de feitelijke samenwoning worden bevoorrecht als geïnstitutionaliseerde vormen van (duurzaam) samenwonen. De partners geven daarbij het bestaan van een voornemen tot gemeenschappelijk gezinsleven te kennen. Dat gezinsleven impliceert rechten en verplichtingen, die laatste ook ten opzichte van de (niet eigen) kinderen die van het gezin deel uitmaken.

Bij de hervorming van het adoptierecht (bij Wetten van 13 maart en 24 april 2003, *B.S.* 16 mei 2003) heeft de wetgever, in de lijn van het voormelde, de bevoorrechtiging van het huwelijk (beperkt) behouden, maar onder drie voorwaarden uitgebreid tot samenwonende partners. Artikel 343 § 1, b B.W. aanziet als “samenwonenden”: twee personen van ongelijk geslacht die geen verwanten zijn van elkaar en die op een permanente en affectieve wijze samenwonen sedert ten minste drie jaar op het tijdstip van de indiening van het verzoek tot adoptie (zie hierover: F. SWENNEN, “Het nieuwe interne adoptierecht: *horresco referens*”, *t.a.p.*, p. 443, nr. 10).

Des te meer verwonderlijk is het dan vast te stellen dat de vermelde wetgever de wettelijke samenwoning, ook wat de gezagsuitoefening betreft, noch als noodzakelijke noch als voldoende vorm van samenwoning heeft aangemerkt (F. SWENNEN, “Het nieuwe interne adoptierecht: *horresco referens*”, *t.a.p.*, p. 453, nr. 54, volgens wie, minstens wat de gezagsuitoefening betreft maar ook overall elders waar sprake is van “samenwonenden”, het oordeel dreigt dat de

wet wettelijk samenwonenden discrimineert). Krachtens artikel 353-9, eerste lid B.W. wordt, bij adoptie door echtgenoten of samenwonenden, of ingeval de geadopteerde het kind of het adoptief kind is van de echtgenoot van de adoptant of van de persoon met wie hij samenwoont, het ouderlijk gezag door beide echtgenoten of samenwonenden gezamenlijk uitgeoefend.

B. NA VOLLE STIEFOUDERADOPTIE

82 Krachtens artikel 356-1, tweede lid B.W. houden kinderen die ten volle geadopteerd zijn, op tot hun oorspronkelijke familie te behoren. Dit stemt overeen met wat het oude artikel 370 § 1, tweede lid B.W. bepaalde.

Bij volle stiefouderadoptie gaf voormelde regel aanleiding tot verschillende interpretaties in de rechtsleer en de rechtspraak.

Zie hierover uitgebreid: R. UYTENDAELE, "De volle eenouderadoptie", in P. SENAEVE (ed.), *Adoptie en verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1990, p. 108-111, nrs. 145-146 en p. 127 e.v., nrs. 159 e.v.

Zie bv.: Brussel 16 oktober 1992, *Not. Fisc. M.* 1993, 181, noot G. VAN OOSTERWYCK.

In zijn arrest van 6 november 1997 (nr. 67/1997) beslecht het Arbitragehof deze discussie in die zin dat het oude artikel 370 § 1, tweede lid B.W. enkel verenigbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet indien het zo wordt geïnterpreteerd dat het niet van toepassing is op het geval van de volle adoptie door de echtgenoot van de ouder van de geadopteerde (*J.L.M.B.* 1998, 1192, noot D. PIRE, *Not. Fisc. M.* 1998, 148, noot I. VAN OPSTAL, *R.W.* 1997-98, 1469). Het Hof steunt hierbij op rechtshistorische en teleologische gronden (I. ANNÉ, *t.a.p.*, p. 43, nr. 11).

In zijn arrest van 3 mei 2000 (nr. 53/2000) gaat het Arbitragehof nog een stap verder door deze stelling uit te breiden naar de volle adoptie door de feitelijke partner van de oorspronkelijke ouder (*J.L.M.B.* 2000, 1066, noot D. PIRE, *J.T.* 2000, 536, noot Y.-H. LELEU, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 415, *R.W.* 2000-01, noot F. SWENNEN, *T.J.K.* 2000, 76). Aan het Hof was de prejudiciële vraag gesteld of de bepaling van het oude artikel 370 § 1, tweede lid B.W. in de interpretatie die het Hof eraan had gegeven in zijn arrest van 6 november 1997 geen discriminatie in het leven riep ten nadele van het kind dat ten volle is geadopteerd door de levensgezel van zijn moeder omdat het, in tegenstelling tot het kind dat is geadopteerd door de echtgenoot van die moeder, zijn band van afstamming met de moeder verliest. Het Hof beantwoordt de prejudiciële vraag bevestigend, zich hierbij focussend op de verschillende behandeling die de desbetreffende geadopteerde kinderen te beurt valt, veeleer dan op het verschil in behandeling tussen gehuwde en ongehuwde adoptanten: vóór de hervorming van het adoptierecht bij Wetten van 13 maart en 24 april 2003 waren zowel de gewone adoptie (oud art. 346, eerste lid B.W.) als de volle adoptie (oud art. 368 § 3, eerste lid B.W.) door twee personen die niet met elkaar gehuwd zijn, uitgesloten (I. ANNÉ, *t.a.p.*, p. 43-45, nrs. 12-13).

Sinds de hervorming van het adoptierecht kunnen ook samenwonenden gezamenlijk adopteren indien (1) zij een seksueel-affectieve verhouding hebben (zoals die waartoe echtgenoten verplicht zijn); (2) hun onderlinge verwantschap geen huwelijksbeletsel oplevert; en (3) de samenwoning drie opeenvolgende jaren heeft geduurd op het tijdstip van neerlegging van het verzoekschrift tot adoptie (art. 343 § 1; F. SWENNEN, "Het nieuwe interne adoptierecht: *horresco referens*", *t.a.p.*, p. 443-444, nrs. 10-11). Echtgenoten of samenwoners van gelijk geslacht mogen niet samen of elkaars kinderen adopteren. Daarmee blijft de wetgever binnen de doelstelling van de adoptie om de geadopteerde in een milieu te brengen waarin verwantschapsbanden tot stand komen die vergelijkbaar zijn met de biologische afstamming (vgl. nog: P. SENAËVE, "De Wet van 13 februari 2003 ter invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht", *E.J.* 2003, p. 57-58, nr. 37).

Concreet betekent dit dat bij volle adoptie van een kind door de echtgenoot of door de feitelijke partner van zijn moeder, ook de band met de moeder blijft bestaan. Zodoende blijft, bij volle adoptie, de afstammingsband van de oorspronkelijke ouder-partner en meteen diens ouderlijk gezag gehandhaafd. De volle stiefouderadoptie mag geen verbreking van de familiebanden met de oorspronkelijke ouder tot gevolg hebben als ze gebeurt door de echtgenoot van die ouder of door de persoon van het andere geslacht met wie hij een feitelijk gezin vormt.

Thans bekrachtigt artikel 356-1, derde lid B.W. inzake de volle adoptie dat kinderen of adoptieve kinderen van de echtgenoot van de adoptant of van de persoon met wie hij samenwoont, zelfs overleden, niet ophouden te behoren tot de familie van die echtgenoot of van de persoon met wie wordt samengewoond. Indien deze nog in leven is, wordt het ouderlijk gezag over de geadopteerde gezamenlijk uitgeoefend door de adoptant en die echtgenoot of persoon met wie wordt samengewoond.

Wat het ontstaan van de voogdij betreft, geeft dergelijke volle stiefouderadoptie aanleiding tot het volgende: de overlevende ouder of de adoptant zal het ouderlijk gezag blijven uitoefenen en de voogdij zal enkel ontstaan wanneer de oorspronkelijke ouder én de adoptant beiden zijn overleden of in de voortdurende onmogelijkheid zijn het ouderlijk gezag uit te oefenen, of indien de langstlevende in de voortdurende onmogelijkheid is het ouderlijk gezag uit te oefenen.

§ 4. Na herroeping van de adoptie

83 Krachtens artikel 354-1, eerste lid B.W. kan de jeugdrechter "om zeer gewichtige redenen" de herroeping van de gewone adoptie uitspreken (zie hierover o.m.: I. ANNÉ, *t.a.p.*, p. 55-56, nr. 31; F. SWENNEN, "Het nieuwe interne adoptierecht: *horresco referens*", *t.a.p.*, p. 450-451, nr. 41).

Ingeval de herroeping van de adoptie van een minderjarig kind wordt uitgesproken ten aanzien van de adoptant dan wel ten aanzien van beide adopterende echtgenoten of samenwonenden, kan de jeugdrechtbank, op gezamenlijk verzoek van de oorspronkelijke ouders van de geadopteerde of op verzoek van een van hen, beslissen dat het kind onder het ouderlijk gezag zal worden teruggeplaatst (art. 354-2, eerste lid B.W.).

Anders dan wat het oude artikel 367 § 7, eerste lid B.W. bepaalde, geeft de herroeping van de adoptie ten aanzien van één der adopterende echtgenoten geen aanleiding tot organisatie van de voogdij. Sedert de Wet van 29 april 2001 blijft de andere adoptieve ouder het ouderlijk gezag alleen uitoefenen.

Indien men, bij herroeping van de adoptie van een minderjarig kind ten aanzien van de adoptant of ten aanzien van beide adopterende echtgenoten of samenwonenden, niet overgaat tot de vermelde terugplaatsing onder het ouderlijk gezag, wordt de voogdij wel ingericht (art. 354-2, eerste lid B.W.). In dit geval stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand de bevoegde vrederechter onmiddellijk in kennis van de overschrijving van het vonnis waarbij de herroeping wordt uitgesproken.

Niettemin kunnen de ouders van het kind of een van hen, de jeugdrechtbank later verzoeken dat het kind opnieuw onder hun ouderlijk gezag wordt geplaatst (art. 354-2, tweede lid B.W.). Indien de jeugdrechtbank dit toestaat, houdt de voogdij op (vgl.: art. 353-10 B.W.).

84 Samengevat betekent een en ander dat (in de regel):

– bij herroeping van de adoptie ten aanzien van beide adoptanten of ten aanzien van de enige adoptant, de voogdij ontstaat

en

– bij herroeping ten overstaan van één van beide adoptanten, de andere adoptieve ouder het ouderlijk gezag blijft uitoefenen en dat de voogdij enkel ontstaat wanneer deze ouder overlijdt of in de voortdurende onmogelijkheid is het ouderlijk gezag uit te oefenen.

Zoals gezegd, stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand de bevoegde vrederechter onmiddellijk in kennis van de overschrijving van het beschikkende gedeelte van de bedoelde beslissing tot herroeping (art. 50 § 2, tweede lid *juncto* 354-2, eerste lid *in fine* B.W.).

Ondanks de inrichting van de voogdij, kunnen de oorspronkelijke ouders van het kind nadien alsnog bij de jeugdrechtbank een verzoek indienen om in het ouderlijk gezag te worden hersteld (art. 354-2, tweede lid B.W.). Indien de vordering wordt ingewilligd, komt er uiteraard een einde aan de voogdij. Hoewel niet is bepaald dat de bevoegde vrederechter van dit herstel in het ouderlijk gezag wordt ingelicht, staat het openbaar ministerie in voor deze informatieverplichting (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 19, nr. 47).

HOOFDSTUK IV

EINDE VAN DE VOOGDIJ

85 De voogdij eindigt uiteraard met de gronden die tot het ontstaan ervan aanleiding hebben gegeven (F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 4, nr. 14). Die gronden kunnen bestaan zowel bij de pupil als bij de potentiële titularis(sen) van het gezag.

86 Enerzijds eindigt de voogdij bij de meerderjarigheid, de ontvoogding of het overlijden van de pupil.

87 Anderzijds eindigt de voogdij wanneer er, al was het maar langs één lijn, een juridische afstammingsband tot stand komt of wanneer uit een rechterlijke beslissing blijkt dat de onmogelijkheid tot gezagsuitoefening niet meer bestaat.

F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 4, nr. 14, die volledigheidshalve ook melding maken van het geval van een vernietiging van een akte van overlijden.

Wat de hypothese betreft waarbij uit een rechterlijke beslissing blijkt dat de onmogelijkheid tot gezagsuitoefening niet meer bestaat, geldt toch enige nuance: ingeval die onmogelijkheid niet langer aan de orde is omdat een rechterlijke beslissing een einde stelt aan de gerechtelijke onbekwaamverklaring, de verlengde minderjarigheid van de bedoelde ouder, moet geen bijkomende rechterlijke beslissing (in de zin van art. 1236*bis* § 5 Ger.W.) tussenkomen. Wat, ten slotte, de beëindigde afwezigheid betreft, lijkt het evenmin opportuun om een bijkomende rechterlijke beslissing (in de zin van art. 1236*bis* § 5 Ger.W.) voorop te stellen: de terugkeer van de afwezige ouder brengt (automatisch) het einde van de voogdij met zich. CASMAN en MASSON maken de vergelijking met een van tafel en bed gescheiden echtbaar: het loutere feit van hun hereniging beëindigt de scheiding van tafel en bed, zonder dat een nieuw huwelijk nodig is (H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 21, nr. 11). Het komt de betrokkenen wel toe om de fungerende voogdijorganen, uiteraard ook de vrederechter, op de hoogte te stellen van het einde van de voogdij.

TITEL III
ORGANISATIE VAN DE VOOGDIJ

HOOFDSTUK I VREDERECHTER

AFDELING I

VOOGDIJFORUM

88 De fundamentele optie van de wetgever van 29 april 2001 bestond erin de voogdij te moderniseren, dit wil zeggen aan te passen aan de huidige socio-economische context. De regeling wordt herschikt gelet op de vereisten van de huidige samenleving, inzonderheid door de voogd toe te staan sneller de beslissingen te nemen die voor een adequaat vermogensbeheer nodig zijn. Inspiratiebron hierbij is de Wet van 18 juli 1991 “betreffende de bescherming van de goederen van de personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren” (art. 488bis, a tot k B.W.).

De familieraad is afgeschaft als voogdijorgaan.

Een noodzakelijke controle op de handelwijze van de voogd blijft evenwel voorhanden, waarbij de vrederechter een centrale rol speelt. Hij is als het ware de “natuurlijke” rechter van de minderjarigen en andere beschermde personen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 14); hij fungeert als wezenlijke behoeder van hun belangen.

Zie: E. KRINGS, “Woord vooraf”, in G. BAETEMAN (ed.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, Story-Scientia, 1992, XIII-XIV; G. VAN OOSTERWYCK, “Enkele raakpunten tussen huwelijksgoederenrecht en voorlopig bewind”, in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, p. 750-754, nr. 2; G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, in *Liber amicorum Prof. dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1997, p. 288-290, nr. 3 en p. 310-311, nr. 22.

Een en ander past in het statuut van de vrederechter als eerstelijnsrechter die dicht bij de rechtzoekenden staat. De vrederechter oefent de meeste bevoegdheden van de vroegere familieraad uit, zo blijkt onder meer uit artikel 410 B.W. inzake de bijzondere vrederechterlijke machtiging voor de bij wet bepaalde handelingen alsook uit de artikelen 49 e.v. Hyp.W. inzake de wettelijke voogdijhypotheek. Bovendien wordt van de vrederechter verwacht dat hij elke voogdij nauwlettender zal opvolgen. Hij krijgt hiertoe nieuwe informatie en onderzoeksmogelijkheden (art. 412 B.W.). Ingevolge artikel 413 B.W. is de voogd verplicht jaarlijks een beheersrekening op te stellen die hij in de eerste plaats aan de vrederechter toezendt (zo ook aan de toeziende voogd en aan de vijftienjarige pupil). Krachtens artikel 420 B.W. brengt de voogd nu ook jaarlijks bij de vrederechter (en de toeziende voogd) verslag uit over de opvoeding en de opvang van de pupil, evenals over de maatregelen die hij heeft genomen voor de ontplooiing van diens persoon. De eindcontrole berust eveneens bij de vrederechter (art. 415 B.W.).

89 Zodoende behoort, krachtens artikel 390, eerste en tweede lid B.W., de complete organisatie van en het toezicht op de voogdij tot de in beginsel onveranderlijke bevoegdheid van de vrederechter van de woonplaats van de pupil als bepaald bij artikel 36 Ger.W. of, bij gebreke van woonplaats, tot de bevoegdheid van de vrederechter van de verblijfplaats van de pupil (vgl.: Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53, noot C. DE BUSSCHERE).

Ook onder het oude recht ging het om een in beginsel onveranderlijke bevoegdheid.

Zie terzake: Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 218; Brussel 14 januari 1957, *J.T.* 1958, 40.

Vgl. inzake het voorlopig bewind: Arrondrb. Brussel 2 mei 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1162, noot G. DE LEVAL; Arrondrb. Brussel 3 april 1995, *J.T.* 1995, 547; Arrondrb. Brussel 6 november 1995, *Pas.* 1995, III, 43; Arrondrb. 27 juni 1996, *J.L.M.B.* 1997, 987; J. LAENENS, "Procesrechtelijke aspecten inzake bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind", in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 144-146, nrs. 328-330.

Krachtens artikel 108, tweede lid B.W. heeft de pupil weliswaar zijn woonplaats bij zijn voogd, maar die stemt niet noodzakelijk overeen met de zogeheten "voogdijwoonplaats", zijnde de woonplaats van de pupil ten tijde van de aanduiding van de voogd die de bevoegdheid van de vrederechter bepaalt (J. NOLF, "Moderne familieraden op zoek naar hun bevoegde vrederechter – Art. 406 B.W. en het onveranderlijke voogdijforum", *T.Vred.* 1996, 368-373; M. VERRYCKEN, "Onbekwamen", *T.P.R.* 1985, p. 496, nr. 7). In het belang van de pupil kan de aldus bevoegde vrederechter, op verzoek van de voogd dan wel ambtshalve, (op een voor de verwijzingsrechter bindende wijze) bevelen dat de voogdij wordt overgebracht naar de (nieuwe) woonplaats of de (nieuwe) verblijfplaats van de (nieuwe) voogd (art. 390, derde lid B.W.).

§ 1. Bevoegdheid van de vrederechter *ratione loci*

90 De bepaling van het zogeheten "voogdijforum" is belangrijk: het betreft immers de territoriaal bevoegde vrederechter.

Bij het bepalen van de bevoegde vrederechter *rationi loci* staat de pupil voorop. Ook het Hof van Cassatie aanziet "le domicile propre du mineur, son domicile originaire" als het meest aangewezen territoriale criterium: centraal staat immers niet de voogd, maar veeleer de minderjarige en diens belangen (Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 218).

Uit de bewoordingen van het oude artikel 406 B.W. bleek dat de voogdij ontstond op de plaats waar de pupil op dat ogenblik zijn woonplaats had. Het oude artikel 627, *sub* 1° Ger.W. maakte de rechter van de plaats waar de voogdij was ontstaan, uitsluitend bevoegd voor de vordering tot het doen van de voogdijrekening.

Die bepalingen doelden dan op de gewone woonplaats in de zin van de artikelen 102-105 B.W. (zie bv. nog: Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53, noot C. DE BUSSCHERE). Anderzijds had een minderjarige overeenkomstig artikel 108, tweede lid B.W. zijn woonplaats bij zijn voogd. Deze woonplaats was hoe dan ook te onderscheiden van de vermelde voogdijwoonplaats (J. NOLF, *t.a.p.*, 368): de voogdijwoonplaats betrof immers de plaats waar de voogdij was ontstaan, meer bepaald de gewone woonplaats van de minderjarige op het ogenblik dat het verzoek tot bijeenroeping van de familieraad werd geformuleerd, gebeurlijk ambtshalve door de vrederechter werd overwogen. Deze voogdijwoonplaats stemde niet noodzakelijk overeen met het kanton waar de alsdan nog aan te stellen voogd zijn woonplaats zou hebben. In zijn arrest van 7 mei 1883

oordeelde het Hof van Cassatie “le domicile propre du mineur, son domicile originaire” als het meest aangewezen territoriale criterium: centraal stond immers niet de voogd, die overigens slechts uitzonderlijk door de familieraad werd benoemd, doch veeleer de minderjarige en diens belangen (Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 218). Artikel 108, tweede lid B.W. had dan ook enkel belang in het raam van het vertegenwoordigingsrecht van de voogd ten aanzien van derden in de zin van het oude artikel 450, eerste lid B.W. (J. NOLF, *t.a.p.*, 369). Het was dan ook de vrederechter van de vermelde voogdijwoonplaats van de pupil over wiens belangen de familieraad moest beraadslagen, die bevoegd was (Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 218; zie voor twee uitzonderingen: G. BAERT, *Familieraad*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1963, p. 103, nr. 288 en p. 104, nr. 291). Deze vrederechter was als het ware zijn “natuurlijke beschermer, aan wie hij niet mocht onttrokken worden” (Cass. 27 januari 1843, *Pas.* 1843, I, 103; *Pand. b.*, XXIV, tw. *Conseil de famille*, *t.a.p.*, 648, nr. 182; *Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle des mineurs*, Brussel, Larcier, 1930, 151, nr. 182). Dit impliceerde dan een (ook territoriaal) wel begrepen, en dus doelgebonden bevoegdheid, uitgeoefend door de lokale magistraat, die geacht werd het best vertrouwd te zijn met de actuele gegevens die de pupil aanbelangen.

Dit bleek in de praktijk evenwel niet steeds het geval te zijn. Heel wat minderjarige kinderen van gescheiden ouders werden immers, bij het overlijden van deze ouder bij wie zij “woonden”, elders opgevangen door andere familieleden of een pleeggezin. Gebeurlijk gingen zij zelfs begeleid zelfstandig wonen, zodat zij noch met de voogdijwoonplaats in de zin van het vermelde artikel 406 B.W., noch met de woonplaats van de voogd (art. 108 B.W.) enige band (meer) hebben (J. NOLF, *t.a.p.*, 370).

91 Thans behoort, krachtens artikel 390, eerste lid B.W., de organisatie van en het toezicht op de voogdij tot de territoriale bevoegdheid van de vrederechter van de woonplaats van de pupil in de zin van artikel 36 Ger.W., dit wil zeggen de plaats waar de minderjarige, ten tijde van het ontstaan van de voogdij, in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf (zie voor een toepassing: Vred. Kortrijk (tweede kanton) 17 september 2001, *R.W.* 2001-02, 929, noot J. LAENENS, *T. Vred.* 2004, 193, noot). Bij gebrek aan (gerechtelijke) woonplaats is het de vrederechter van de verblijfplaats van de pupil.

Vgl.: de artikelen 488bis, b § 1, eerste lid B.W. en 628, *sub* 3° Ger.W., waar de regel net omgekeerd is (zie hierover: J. LAENENS, *t.a.p.*, p. 144, nr. 328; zie ook: F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 152-153, nr. 328).

In diezelfde optiek bepaalt het huidige artikel 627, *sub* 1° Ger.W. dat de rechter van de woonplaats van de pupil of, bij gebreke daarvan, de rechter van zijn verblijfplaats uitsluitend bevoegd is voor de organisatie van en het toezicht op de voogdij.

Zodoende wijkt de wetgever van 27 maart 2001 (art. 627, *sub* 1° Ger.W.) en 29 april 2001 (art. 390, eerste lid B.W.) af van het begrip “woonplaats” in de zin van het Burgerlijk Wetboek en opteert hij voor de “woonplaats” zoals gedefinieerd in artikel 36 Ger.W., zonder evenwel terzake, ten tijde van de voorbereidende werkzaamheden, enige precisie te bieden.

Dit was anders ten tijde van de voorbereiding van de Afstammingswet van 31 maart 1987, waarbij men uitvoerig discussieerde over het alsmear weerkerende al te problematische onderscheid tussen het burgerrechtelijke en het gerechtelijke domicilie-begrip. Uiteindelijk werd het burgerrechtelijke begrip toen behouden, omdat de wetgever meende dit gebrek aan overeenstemming van het Burgerlijk Wetboek met het Gerechtelijk Wetboek niet in de afstammingswetgeving te kunnen

oplossen (G. VAN OOSTERWYCK, "Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 223, nr. 302).

Dit heeft bijvoorbeeld repercussie voor het taalgebruik in gerechtszaken (C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *T. Not.* 2001, p. 365, nr. 12).

Indien de afstamming van het kind niet vaststaat, is de vrederechter van de geboorteplaats van dit kind bevoegd (H. DE PAGE, herwerkt door J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 1175, nr. 1255).

92 De rechter die kennisneemt van een eenzijdig verzoekschrift, moet steeds vooraf ambtshalve zijn (materiële en territoriale) bevoegdheid onderzoeken en, zo nodig, op grond van artikel 640 Ger.W. naar de bevoegde rechter laten verwijzen door tussenkomst van de arrondissementsrechtbank (Vred. Westerlo 9 maart 2004, *T. Vred.* 2004, 220; J. LAENENS, *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1981, p. 60, nr. 207; J. LAENENS, noot onder Kortrijk (tweede kanton) 17 september 2001, *R.W.* 2001-02, p. 930, nr. 4). Enkel het voorzitterscollege kan het bevoegdheidsgeschil beslechten en de zaak, overeenkomstig artikel 660 Ger.W., naar de bevoegde rechter verwijzen (zie bv.: Arrondrb. Gent 20 maart 1995, *R.W.* 1996-97, 229). De zaak wordt dan ambtshalve en zonder kosten op rol gebracht van de rechter naar wie zij is verwezen (art. 662, eerste lid Ger.W.). Het geding wordt gewoon voortgezet in de staat waarin het zich laatstelijk bevond (art. 662, derde lid Ger.W.).

Bepaalde rechtspraak acht evenwel de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de "regeling van geschillen van bevoegdheid", meer bepaald de artikelen 639-663, niet van toepassing in geval van "willige rechtsmacht".

Zie: Vred. Kortrijk (tweede kanton) 17 september 2001, *R.W.* 2001-02, 929, met, wat de uitspraak op dit punt betreft, afkeurende noot J. LAENENS, die (onder nr. 5) beschouwt dat de vrederechter alvast niet heeft gechopt voor een proceseconomische oplossing: "De verzoekende partij wordt met een kluitje in 't riet gestuurd. Zij kan opnieuw haar kans wagen, ditmaal bij de (wel bevoegde) Vrederechter van het eerste kanton te Kortrijk. Ze zal echter opnieuw rolrechten moeten betalen. De vrederechter had haar heel wat tijd en kosten kunnen besparen door correct artikel 640 Ger.W. toe te passen. Of een en ander sneller zou verlopen via de arrondissementsrechtbank is in dezen wel de hamvraag" (zie ook: Vred. Kortrijk (tweede kanton) 26 november 2001, *T. Vred.* 2004, 194; L. CARENS, "Commentaar met betrekking tot de praktische toepassing van de recentste wetswijzigingen in verband met ouderlijk gezag en voogdij aan de hand van rechtspraak en voorbeelden", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind - Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 158-159, nr. 11).

93 Wat gebeurt er als de Belgische pupil in België noch een woonplaats, noch een verblijfplaats heeft?

Alsdan was, onder het oude recht, in beginsel geen enkele Belgische vrederechter bevoegd (om over hem een familieraad bij elkaar te roepen; G. VAN

HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, p. 213-214, nr. 445).

Zie voor een uitzondering: Rb. Brussel 15 mei 1948, *J.T.* 1950, 260, alwaar wordt beslist de familieraad voor de "staatloze" minderjarige op zijn gewoonlijke verblijfplaats te houden; de omstandigheden van het geval, het primerend belang van het kind, de openbare orde en een zekere analogie met de bepalingen van het Verdrag van Den Haag van 12 juni 1902 rechtvaardigen deze oplossing; G. BAERT, *i.a.p.*, p. 69, nr. 153.

Volgens een bepaalde rechtspraak was er geen Belgische vrederechter bevoegd ingeval de Belgische minderjarige alhier geen woonplaats had (Rb. Bergen 21 november 1945, *J.T.* 1946, 305, noot J. BAUGNIET; Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53, noot C. DE BUSSCHERE).

Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen dat geen enkele Belgische vrederechter bevoegd is om een familieraad bijeen te roepen voor een minderjarige die weliswaar in België verblijft, maar wiens overleden of althans verdwenen ouders nooit in België hebben verbleven. In een dergelijk geval komt het de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg toe om een "voorlopige bewindvoerder" aan te duiden in afwachting van de definitieve regularisatie van het voogdijstatuut van het minderjarige kind (Rb. Bergen 21 november 1945, *J.T.* 1946, 305, noot J. BAUGNIET). Zo ook oordeelde de Vrederechter te Asse dat geen Belgische vrederechter bevoegd is wanneer de Belgische minderjarige alhier geen woonplaats heeft (Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53, noot C. DE BUSSCHERE).

Bij gebrek aan een regeling van de voogdij in het eigen land van de minderjarige voor zover deze in het buitenland verblijft, kwam het gebeurlijk de consulaire vertegenwoordigers toe om aldaar de voogdij in te richten.

Volgens het oude artikel 13 van de Wet van 31 december 1851 "met betrekking tot de consulaten en de consulaire rechtsmacht" vervulden de consuls de bevoegdheden die aan de vrederechter waren toegewezen door de oude artikelen 390-475 B.W., wat betekende dat zij enkel tussenkwamen als lid van de familieraad waarvan zij het voorzitterschap waarnamen.

Nu de familieraad verdwijnt en de vrederechter een meer actieve rol speelt, was het niet mogelijk deze bevoegdheid nog langer aan de consulaire autoriteiten toe te vertrouwen. Zij kunnen immers geen bevoegdheden van magistraten uitoefenen (H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *Not. Fisc. M.* 2001, 224).

In die optiek bepaalt artikel 13 van de vermelde Wet van 31 december 1851 thans dat:

- de consul, binnen de perken van de gebruiken en diplomatieke overeenkomsten, al de akten van bewaring opmaakt, in geval van afwezigheid of van overlijden van een Belg in een vreemd land en van schipbreuk van een Belgisch vaartuig;
- in geval van het ontstaan van een voogdij over een in een vreemd land verblijvende minderjarige Belg, de organisatie van en het toezicht over deze voogdij toekomt aan de Vrederechter van het eerste kanton van Brussel.

Zodra hij weet heeft van het ontstaan van een voogdij binnen zijn consulaire ressort, brengt de consul deze vrederechter hiervan onmiddellijk op de hoogte en zendt hij hem alle nuttige inlichtingen toe betreffende de toestand van de persoon en het vermogen van de pupil. Aldus treedt de consul op als tussenpersoon tussen de vermelde vrederechter enerzijds, en de voogd, de toeziende voogd en de pupil anderzijds. Ieder verzoekschrift, iedere akte van rechtspleging of iedere vraag om inlichtingen verloopt langs hem.

Met deze uitzondering op de besproken territoriale bevoegdheid heeft de wetgever van 27 maart 2001 en 29 april 2001 degelijk rekening gehouden bij de redactie van respectievelijk artikel 627, *sub* 1° Ger.W. en artikel 390, eerste lid B.W., telkenmale voorbehoud makende voor hetgeen is bepaald in artikel 13 § 2 van de Wet van 31 december 1851 “met betrekking tot de consulaten en consulaire rechtsmacht” (*Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0509/006, p. 23).

Het is dus de Vrederechter van het eerste kanton van Brussel die territoriaal bevoegd is indien een voogdij ontstaat over een Belgische pupil die in een vreemd land verblijft.

94 Tot slot dient nog verwezen te worden naar het Verdrag van Den Haag van 12 juni 1902 “tot regeling van de voogdij van minderjarigen”, dat nog steeds toepassing vindt (zie bv.: Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53, noot C. DE BUSSCHERE; C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 447, nr. 190).

Het verdrag werd door België bekrachtigd bij Wet van 27 juni 1904, *B.S.* 10 juli 1904 en 7 juli 1926; voor België trad het verdrag in werking sinds 1 augustus 1904 (G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, I, art. 1-515, Brussel, Bruylant, 1905, 497-501, nrs. 15-18; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 76-77, nr. 41).

Artikel 2 van dit verdrag heeft betrekking op de bevoegdheden van de diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger. Dit verdrag geldt (middels de voorwaarde van wederkerigheid, aldus art. 9) enkel nog in de betrekkingen met Duitsland, Italië, Luxemburg, Polen, Portugal, Roemenië en Spanje: “*prédominance de la loi nationale du mineur (art. 1 van voormeld verdrag), sauf exceptionnellement possibilité d’application de la loi de résidence habituelle du mineur (art. 3 van voormeld verdrag), au moins à titre provisoire, lorsque la tutelle ne peut être constituée conformément à la loi nationale ou lorsqu’il y a urgence (art. 7 van voormeld verdrag)*” (R. VANDER ELST en M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, I, *Conflicts de lois* (door R. VANDER ELST), Brussel, Bruylant, 1983, p. 67, nr. 11.2).

Alle problemen in verband met de onbekwaamheid van een minderjarige worden dus principieel beheerst door de nationale wet van die minderjarige. Deze nationale wet bepaalt dan niet alleen welke wet toepasselijk is, maar ook welke overheid dient op te treden. Overeenkomstig artikel 1 van voormeld verdrag ligt de bevoegdheid om een voogdij in te richten bij de overheid van de staat waarvan de minderjarige onderdaan is. Zo de minderjarige in een ander

land verblijf zou houden, dan zal voor de inrichting van de voogdij beroep moeten gedaan worden, hetzij op de in dit ander land aanwezige diplomatieke of consulaire agent (art. 2 van voormeld verdrag), hetzij op een buitenlandse rechter. De moeilijkheid hierbij is dan dat de bevoegde rechter aldus op grond van de nationale wet van de minderjarige geroepen wordt om een rol te spelen die niet binnen zijn gewone rechtsmacht valt of die aan een andere overheid zou toekomen (G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *a.w.*, p. 214, nr. 445).

Anderzijds is de Belgische vrederechter wel bevoegd voor buitenlandse minderjarigen die in België wonen, dit wil zeggen in de Belgische bevolkingsregisters zijn ingeschreven (art. 36 Ger.W.). Ook dan kan de bevoegde rechter zich een alles behalve gebruikelijke rol toegewezen zien. Aldus diende de Vrederechter te Sint-Gillis te oordelen over de organisatie van een datieve voogdij over een Marokkaanse minderjarige wiens moeder overleden is en wiens vader in de gevangenis verblijft (Vred. Sint-Gillis 28 juli 1989, *T.Vred.* 1990, 114). Daar het toepasselijke Marokkaanse personele statuut echter geen familierraad kent en de bevoegdheid tot organisatie van een datieve voogdij aan de voogdijrechter, zijnde in België de vrederechter, overlaat, neemt voormelde vrederechter zelf het initiatief tot organisatie van de voogdij. Wanneer het naar Belgisch recht onmogelijk is om de Marokkaanse tegenhanger van een familierraad, te weten de “consultatieve raad”, in te richten en er dreigend gevaar is, kan de vrederechter zich inderdaad in de plaats van de consultatieve raad stellen en bij beschikking overgaan tot het aanstellen van een voogd.

Zie ook: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, “Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1994, p. 2338, nr. 516; vgl.: het geval van Vred. Sint-Gillis 25 maart 1986, *T.Vred.* 1987, 165, noot A. VAN MENSEL, alwaar diezelfde vrederechter zich op grond van gelijkaardige overwegingen bevoegd acht om machtiging te geven tot verkoop uit de hand van een onroerend goed toebehorend aan een Marokkaanse minderjarige.

Op 1 oktober 2004 is de Wet van 16 juli 2004 “houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht” in werking getreden. Artikel 35 WbIPR bevat een nieuwe specifieke verwijzingsregel aangaande het ouderlijk gezag, de voogdij en de bescherming van onbekwamen. Het ouderlijk gezag en de voogdij, de vaststelling van de onbekwaamheid van een volwassene en de bescherming van een onbekwame persoon of diens goederen worden beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied die persoon zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip van de feiten die aanleiding geven tot de bepaling van het ouderlijk gezag, tot het ontstaan van de voogdij of tot de goedkeuring van beschermingsmaatregelen. In geval van wijziging van de gewone verblijfplaats wordt de vaststelling van het ouderlijk gezag of van de voogdij aan de zijde van een persoon die deze verantwoordelijkheid nog niet draagt, beheerst door het recht van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats. De uitoefening van het ouderlijk gezag of van de voogdij wordt beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip waarop die uitoefening wordt aangevoerd. Indien dit recht niet de mogelijkheid biedt de bescherming te waarborgen die de persoon of diens goederen vereisen, wordt de bescherming beheerst door het recht van de staat

waarvan de persoon de nationaliteit heeft. Het Belgische recht is van toepassing indien het materieel of juridisch onmogelijk blijkt om de maatregelen te nemen waarin het toepasselijke buitenlandse recht voorziet.

Het Wetboek van internationaal privaatrecht laat evenwel het vermelde Verdrag van Den Haag van 12 juni 1902 “tot regeling van de voogdij van minderjarigen” onverkort. Op die manier ontstaat enige discrepantie tussen de minderjarigen van Duitsland, Italië, Luxemburg, Polen, Portugal, Roemenië en Spanje (nu, overeenkomstig het Verdrag, in de betrekkingen met die landen nog steeds wordt uitgegaan van de nationale wet van de pupil) en de minderjarigen van een andere nationaliteit, gelet op het thans verschillende algemene Belgische internationaal privaatrecht inzake voogdij (vgl. nog: G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *a.w.*, p. 212, nr. 439).

§ 2. Bevoegdheid van de vrederechter *ratione materiae*

95 Artikel 390, eerste lid B.W. spreekt voor zich (zie ook: art. 596 Ger.W.). Inzake voogdij is de vrederechter en niet (de burgerlijke kamers van) de rechtbank van eerste aanleg, noch de jeugdrechtbank, bevoegd *ratione materiae*.

Luidens artikel 1236 Ger.W. is elke beschikking van de vrederechter vatbaar voor hoger beroep, waarvan een kamer samengesteld uit drie rechters kennis neemt. Uiteraard kan de wet, bij wijze van uitzondering, de beroepsmogelijkheid uitsluiten, zij het soms “gedeeltelijk” (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 364, nr. 10), aldus bijvoorbeeld artikel 390, derde lid B.W. krachtens welk de bedoelde verwijzingsbeslissing niet vatbaar is voor enig rechtsmiddel, “met uitzondering van het hoger beroep ingesteld door het openbaar ministerie”.

A. ORGANISATIE VAN DE VOOGDIJ

96 Teneinde de vrederechter toe te laten, in voorkomend geval, de voogdij te organiseren, bevat het Burgerlijk Wetboek meerdere bepalingen die telkenmale hierop neerkomen dat de oorzaak van het ontstaan van de voogdij ter kennis van de bevoegde vrederechter worden gebracht.

Zie voor een uitgebreide bespreking terzake: M. VERRYCKEN, “Opvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 24-33, nrs. 56-79.

De vrederechter maakt onmiddellijk een beschikking van ambtshalve inschrijving van de voogdij in het register der verzoekschriften: deze beschikking vormt het allereerste stuk in het voogdijdossier (art. 1237 Ger.W.).

Artikel 1237 Ger.W. heeft het enkel over “minderjarigen”: daarmee moeten worden gelijkgesteld, de verlengde minderjarigen en de gerechtelijk onbekwaamverklaarden.

Voor iedere voogdij wordt op de griffie van het vrederegerecht een individueel procesdossier aangelegd: daarin worden alle verzoekschriften, beschikkingen en andere akten inzake de voogdij per datum geklasseerd. Indien nodig maakt de

griffier eensluitend verklaarde afschriften van de stukken die in verschillende dossiers moeten worden neergelegd. Dit voogdij dossier volgt de vrederechter van het voogdijforum dat, zoals verder uiteengezet, niet langer onveranderlijk is.

Zie: C. CAPITAINE, "Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale", in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 154-155.

Ingeval de voogd optreedt, moet de (beroeps)persoon die met hem handelt, nagaan of hij wel de hoedanigheid van voogd heeft. Hij kan daartoe inlichtingen inwinnen op de griffie van het vrederechter waar het individueel procesdossier in de zin van artikel 1237 Ger.W. zich bevindt. Naar analogie met het voogdij dossier, voorziet de wetgever van 3 mei 2003 ook in een "bewindsdossier" dat alle beschikkingen, verslagen en briefwisseling inzake het voorlopig bewind bevat, alsook de naam en het adres van de in voorkomend geval aangewezen vertrouwenspersoon of andere persoon/instelling die de voorlopige bewindvoerder op de hoogte moet houden van zijn handelingen (art. 488bis, c § 4 B.W.; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", *t.a.p.*, p. 162, nr. 353).

Het dient wel opgemerkt dat de bedoelde "systematische kennisgeving" niet geschiedt voor de gronden tot beëindiging van de voogdij.

Zo is er geen (wettelijk bepaalde) kennisgeving van de beëindiging van de voogdij door de meerderjarigheid, de wettelijke ontvoogding en het overlijden van de minderjarige. Er wordt de voogdijrechter evenmin kennis gegeven van de totstandkoming van een (adoptieve) afstammingsband met de minderjarige of van de beëindiging van een "afdoende" grond van onmogelijkheid tot uitoefening van het ouderlijk gezag.

97 Krachtens artikel 50 § 1 B.W. is de ambtenaar van de burgerlijke stand die de aangifte van geboorte van een kind ontvangt wiens afstamming ten aanzien van zijn ouders niet vaststaat of die in zijn registers het beschikkende gedeelte van een rechterlijke beslissing overschrijft waarbij een vordering betreffende de betwisting van de afstamming wordt toegewezen ten aanzien van de ouders of ten aanzien van de enige ouder met betrekking tot wie de afstamming vaststaat, gehouden daarvan binnen drie dagen kennis te geven aan de bevoegde vrederechter.

Krachtens artikel 50 § 2, eerste lid B.W., is de ambtenaar van de burgerlijke stand die een akte van overlijden opmaakt, gehouden daarvan binnen drie dagen kennis te geven aan de bevoegde vrederechter. Hetzelfde geldt wanneer de overledene voogd of adoptieve ouder was van een minderjarige, van een persoon in staat van verlengde minderjarigheid of van een onbekwaamverklaarde. De bedoeling is dat de vermelde ambtenaar in alle gevallen van overlijden met (verlengd) minderjarige kinderen de vrederechter moet verwittigen, evenals in de gevallen waarin de voogdij vacant wordt ingevolge het overlijden van de voogd (zie wat de verlengd minderjarigen betreft: P. SENAËVE, "Een kwart eeuw toepassing van de wet op de verlengde minderjarigheid", in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 218-219, nr. 446). Betreft het een geval van ontstaan dan wel openvallen van de voogdij, dan zal de vrederechter de voogdij (opnieuw) inrichten; betreft het een geval waarin de ouder het ouderlijk gezag blijft behouden, dan zal de vrederechter onder meer toezien op de vervulling van de formaliteiten van de aanvaarding van de nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving (art. 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1 B.W., inz. ook: art. 793, derde lid B.W.).

De praktijk leert dat de in artikel 50 § 2, eerste lid B.W. bedoelde kennisgeving onvoldoende accuraat gebeurt: sommige griffiers stellen vast dat de ambtenaar van de burgerlijke stand vaak gewoon alle overlijdensberichten overmaakt aan de vrederechter en daarbij het al dan niet bestaan van (verlengd) minderjarige kinderen niet onderzoekt. Slechts uitzonderlijk worden de naam en de voornaam van de minderjarige(n) vermeld, met aanduiding van de nog in leven zijnde ouder: dit punt wordt meestal hetzij gewoon blanco gelaten hetzij als “onbekend gegeven” aangeduid; eventueel vermeldt men enkel het aantal minderjarige kinderen, zonder meer. Deze gegevens zijn te summier of onvoldoende én voor de inrichting van de voogdij bij overlijden van de langstlevende ouder én om de vrederechter toe te laten zijn bijstandsrol inzake het ouderlijk gezag van een overlevende ouder te vervullen. Een stipte naleving van het vermelde artikel 50 § 2, eerste lid B.W. zou dus moeten worden nagestreefd door de ambtenaren van de burgerlijke stand (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 69).

Verder is de ambtenaar van de burgerlijke stand die in zijn registers het beschikkende gedeelte van een rechterlijke beslissing overschrijft waarbij een onbekwaamverklaarde meerderjarige onder voogdij wordt geadopteerd of het beschikkende gedeelte van een rechterlijke beslissing waarbij de adoptie van een minderjarig kind wordt herroepen zonder dat beslist wordt dat het weer onder het ouderlijk gezag van zijn ouders wordt geplaatst, krachtens artikel 50 § 2, tweede lid B.W., eveneens gehouden daarvan binnen drie dagen kennis te geven aan de bevoegde vrederechter. De eerste hypothese betreft dus een onbekwaamverklaarde die wordt geadopteerd: in dat geval gaat de voogdij over in ouderlijk gezag en houdt de voogdij op zodat de vrederechter daarvan terecht in kennis wordt gesteld. De tweede hypothese betreft de herroeping van een adoptie van een minderjarig kind dat niet terug onder ouderlijk gezag wordt gesteld, derwijze dat de voogdij ontstaat (art. 354-2, eerste lid B.W.).

Een en ander maakt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de plicht heeft om binnen drie dagen kennisgeving te doen aan de bevoegde vrederechter in de volgende gevallen.

– Hij ontvangt de aangifte van geboorte van een kind waarvan de afstamming niet vaststaat, geval waarin hij zich richt tot de vrederechter van de geboorteplaats dan wel de verblijfplaats van het kind (H. DE PAGE, herwerkt door J.-P. MASSON, *a.w.*, II, p. 1175, nr. 1255).

– Hij schrijft in zijn registers het beschikkende gedeelte over van een rechterlijke beslissing waarbij de afstamming wordt betwist ten aanzien van de ouders of ten aanzien van de enige ouder, gevallen waarin hij zich evenzeer richt tot de vrederechter van de geboorteplaats dan wel de verblijfplaats van het kind.

Het zal uiteraard uiterst zelden gebeuren dat de afstamming ten overstaan van beide ouders in één en dezelfde procedure rechtstreeks wordt betwist.

– Hij stelt een akte van overlijden op van een ouder met (verlengd) minderjarige kinderen, geval waarin hij zich richt tot de vrederechter van de plaats waar de (verlengd) minderjarige in de bevolkingsregisters is ingeschreven (art.

36 Ger.W.) en, zo niet, tot de vrederechter van de plaats waar de (verlengd) minderjarige verblijft.

Het geval van overlijden van een ouder van een verlengd minderjarige is (nog steeds) niet met zoveel woorden uitgedrukt in artikel 50 § 2 B.W. (P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 218-219, nr. 446). De verlengd minderjarige wordt evenwel gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar (art. 487bis, vierde lid B.W.).

– Hij stelt een akte van overlijden op van iemand die adoptieve ouder respectievelijk voogd was van een minderjarige, van een persoon in staat van verlengde minderjarigheid of van een onbekwaamverklaarde, gevallen waarin hij zich evenzeer richt tot de vrederechter van de plaats waar de pupil in de bevolkingsregisters is ingeschreven (art. 36 Ger.W.) en, zo niet, tot de vrederechter van de plaats waar de pupil verblijft.

Nu artikel 1233 § 1, 5^o Ger.W. bepaalt dat een uittreksel uit de beslissing houdende benoeming van de voogd, binnen de acht dagen vanaf de uitspraak, ter kennis dient gebracht van de burgemeester van de gemeente waar de minderjarige zijn woonplaats heeft, weet de ambtenaar van de burgerlijke stand wie voogd is, althans vanaf 1 augustus 2001, datum van inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001 (zie terzake: M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 31, nr. 71).

Indien voor een verlengd minderjarige, overeenkomstig artikel 487^{quater}, eerste lid B.W., het ouderlijk gezag door de voogdij is vervangen, dan komt het niet toe aan de vrederechter, maar wel aan de rechtbank van eerste aanleg om tot de vervanging van de voogd over te gaan; de vrederechter die de mededeling van de ambtenaar van de burgerlijke stand krijgt, zal deze derhalve moeten overmaken aan de procureur des Konings (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 30, nr. 69).

– Hij schrijft het beschikkende gedeelte over van een vonnis van adoptie van een (onder voogdij staande) onbekwaamverklaarde.

– Hij schrijft het beschikkende gedeelte over van een vonnis van herroeping van adoptie van een minderjarige waarbij de minderjarige niet terug onder het ouderlijk gezag wordt geplaatst.

Ingeval de herroeping slechts ten aanzien van een van beide adopterende echtgenoten wordt uitgesproken, blijft de minderjarige sowieso onder het ouderlijk gezag van de andere adoptief-ouder. In dat geval wordt geen voogdij ingericht.

Zoals gezegd, is de termijn waarbinnen de kennisgeving moet gebeuren drie dagen. Artikel 50 § 3 B.W. bepaalt dat de vervalddag in de termijn van de drie dagen is begrepen. Is die dag echter een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, dan wordt de vervalddag uitgesteld tot de eerstvolgende werkdag.

98 Wanneer de rechtbank van eerste aanleg uitspraak doet over een vermoeden van afwezigheid in de zin van de artikelen 112-113 B.W., dan wel een verklaring van afwezigheid uitspreekt in de zin van artikel 117 B.W., wordt, overeenkomstig artikel 142, derde lid B.W., op verzoek van het openbaar ministerie, telkenmale een voor eensluidend verklaard afschrift toegezonden aan de bevoegde vrederechter, dit is in beginsel de vrederechter die, overeenkomstig artikel 142, eerste en tweede lid B.W., de voorlopige voogdij heeft ingericht (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 32, nr. 73). Zolang er evenwel nog een beschikbare ouder is, oefent die het ouderlijk gezag uit en ontstaat de (voorlopige) voogdij niet: dit is enkel het geval wanneer de andere ouder vooroverleden is dan wel in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen, of nog wanneer de afstamming alleen vaststaat tegenover de verdwenen ouder.

99 Wanneer de rechtbank van eerste aanleg overeenkomstig artikel 1236*bis* Ger.W. beslist dat hetzij beide ouders, hetzij de enige ouder in de onmogelijkheid is om het ouderlijk gezag uit te oefenen, stuurt de griffier een voor eensluidend verklaard afschrift van de beslissing aan de bevoegde vrederechter (art. 1236*bis* § 3, tweede lid Ger.W.).

Ook indien de in artikel 1236*bis* § 5 Ger.W. bedoelde vordering tot opheffing van de onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen wordt ingewilligd, zendt de griffier een voor eensluidend verklaard afschrift van de beslissing toe aan de vrederechter van het *voogdijforum*, waarna de voogdij eindigt (art. 1236*bis* § 5, vierde lid Ger.W.).

100 Luidens artikel 509, eerste lid B.W. staat de gerechtelijk onbekwaamverklaarde (in de zin van de art. 489-512 B.W.) gelijk met een minderjarige, wat betreft zijn persoon en zijn goederen: “de wetten op de voogdij over minderjarigen zijn van toepassing op de voogdij over onbekwaamverklarden”. Op vordering van het openbaar ministerie wordt van het bedoelde vonnis (van gerechtelijke onbekwaamverklaring door de rechtbank van eerste aanleg) binnen tien dagen na de uitspraak aan de “territoriaal bevoegde vrederechter” kennisgegeven (art. 509, tweede lid B.W.). In diezelfde optiek bepaalt artikel 1251, eerste lid Ger.W. dat, wanneer tegen het vonnis houdende onbekwaamverklaring geen hoger beroep is ingesteld of wanneer dat vonnis in hoger beroep wordt bevestigd, de griffier bij een voor eensluidend verklaard afschrift van de beslissing aan de bevoegde vrederechter kennis geeft, waarna deze laatste handelt “overeenkomstig de regels betreffende de voogdij”.

De bevoegde rechter is, strikt gezien, de vrederechter die de voogdij over de meerderjarige onbekwame moet organiseren en niet de verantwoordelijke “voogdijrechter” van zijn eventuele kinderen, hoewel dit veelal dezelfde vrederechter betreft (F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 4, nr. 15). Het lijkt hoe dan ook aangewezen dat van het bedoelde vonnis wordt kennisgegeven aan alle vrederechters die dientengevolge met de organisatie van de voogdij zijn belast, dit wil zeggen zowel de vrederechter die de voogdij over de meerderjarige onbekwame als, ingeval dit uitzonderlijk een andere vrederechter zou zijn (art. 390, eerste lid B.W.), de vrederechter die dientengevolge ook de voogdij over de kinderen van de onbekwame langstlevende of enige ouder (die thans *per se* in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen, aldus art. 389, eerste lid B.W.) moet organiseren.

101 Wat de minderjarige zelf betreft, wordt het vonnis tot intrekking van de ontvoogding aan de voogdijrechter ter kennis gebracht: op verzoek van het openbaar ministerie wordt een voor eensluidend verklaard afschrift van het dienovereenkomstig uitgesproken vonnis overgezonden aan de fungerende vrederechter (art. 478, derde lid *juncto* 485, eerste lid B.W.).

B. TOEZICHT OP DE VOOGDIJ

102 Het Burgerlijk Wetboek bevat verder diverse bepalingen die de vrederechter moeten toelaten het benodigde toezicht uit te oefenen op de voogdij, aldus:

- artikel 412 B.W. inzake het informatierecht van en de onderzoeksmogelijkheden voor de vrederechter,
- artikel 405 § 2 B.W. met betrekking tot het geval waarbij een ernstige betwisting zou rijzen tussen de pupil enerzijds en de (toeziende) voogd anderzijds,
- de artikelen 413 en 420 B.W. inzake respectievelijk de jaarlijkse beheersrekening (inzake het vermogen van de pupil) en het voogdijverslag (inzake de persoon van de pupil) en
- artikel 415 B.W. inzake het eindverslag.

103 Zodoende behoren de gerechtelijke organisatie van, alsook het gerechtelijke toezicht op de voogdij vooral tot de materiële bevoegdheid van de vrederechter, en dit onverminderd de diverse bevoegdheden die de wetgever aan het openbaar ministerie toekent, aldus bijvoorbeeld in artikel 405 § 2 B.W. (zie voor een kritische evaluatie: H. CASMAN, *t.a.p.*, 227-228).

Daarnaast bestaat tevens een zogeheten “buitengerechtelijke” organisatiemogelijkheid alsook een “buitengerechtelijk” toezicht (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 364-365, nr. 11): *qua* organisatie blijft het mechanisme van de “testamenteaire” voogdij voorhanden (art. 392 B.W.), *qua* toezicht blijft de figuur van de toeziende voogd fungeren (art. 402-404 B.W.).

Zie voor een uitgebreide bespreking terzake: C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 368-382, nrs. 20-55.

AFDELING II

BEPERKTE VERANDERLIJKHEID VAN HET VOOGDIJFORUM

§ 1. Principe

104 Onder het oude recht bleef voormelde voogdijwoonplaats in beginsel ongewijzigd (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 36, nr. 25), ook al kreeg de pupil in de loop van de voogdij een andere woon- of verblijfplaats.

Zie: Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 218; Gent 5 mei 1854, *Pas.* 1854, II, 310; Brussel 12 juni 1882, *Pas.* 1882, II, 253; Brussel 14 januari 1957, *J.T.* 1958, 40; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 86-87, nr. 51 met betrekking tot “l’immuitabilité du for tutélaire”; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 615, nr. 685; anders: F. LAURENT, *a.w.*, IV, (560-562), p. 561, nr. 449: “Où est le texte qui déclare le domicile de la tutelle immuable? Nous le cherchons vainement”.

Dientengevolge bleef de familierraad steeds vergaderen onder het voorzitterschap van de vrederechter van die woonplaats (W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1978, 469; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht*

rond een syllabus van de Belgische techniek, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 99, nr. 238). Indien echter de pupil van woonplaats was veranderd, zonder medeweten van diegene op wiens verzoek de familieraad werd bijeengeroepen, waren de beslissingen van de familieraad onder voorzitterschap van de vrederechter van de vermeende woonplaats op het ogenblik van het ontstaan van de voogdij toch geldig. Voorwaarde was wel dat de belangen van de onbekwame door deze onregelmatigheid niet werden geschaad (Luik 2 maart 1898, *Pas.* 1898, II, 307; G. BAERT, *t.a.p.*, p. 36, nr. 24). De hoofdzakelijke draagwijdte van het hoger aangehaalde cassatiearrest van 7 mei 1883 bestond erin te vermijden dat een variabele familieraad zou ontstaan ingevolge de herhaalde domiciliewijzigingen van de voogd (Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 218).

Men wou *per se* vermijden dat een variabele familieraad zou ontstaan, en dit specifiek ten gevolge van herhaalde domiciliewijzigingen van de voogd: “Il serait contraire aux intérêts du mineur que le lieu du conseil de famille, chargé de contrôler la gestion du tuteur et d’autoriser les actes les plus importants de son administration, puisse varier suivant les divers domiciles que prendrait successivement le tuteur” (Cass. 7 mei 1883, *Pas.* 1883, I, (218), 222).

Dit beginsel van “l’immutabilité du for tutélaire” (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 86-87, nr. 51), dat aldus bedoeld was om toezicht op en coördinatie van de voogdij te waarborgen, zorgde echter in de praktijk voor de nodige problemen, meer bepaald wanneer de pupil van kanton wisselde om praktische redenen inzake opvang, school, opleiding, familiale schikkingen, ...

Zie terzake meer uitgebreid: J. NOLF, *t.a.p.*, 368-373, die terecht de overwegingen van het vermelde cassatiearrest van 7 mei 1883 in vraag trekt.

Bepaalde rechtsleer heeft de hiermee verbonden praktische problemen trachten te verhelpen door voor te stellen dat de vrederechter van de voogdijwoonplaats aan zijn collega van de burgerlijke (actuele) woonplaats van de pupil opdracht kon geven om de familieraad bijeen te roepen.

L. DESCAMPS, “Délégation par le juge de paix pour la présidence de conseils de famille”, *J.J.P.* 1918-1919, (58), 65, alwaar reeds wordt voorgesteld om een nieuw artikel 410bis in Boek I, Titel X, Hoofdstuk II, Afdeling IV in te voegen: “Toutes les fois que l’intérêt des mineurs l’exige, le juge de paix compétent pourra, sur requête lui présentée par le tuteur, le subrogé-tuteur ou tout autre membre de la famille et par ordonnance motivée, commettre le juge de paix d’un autre canton aux fins de réunir et présider le conseil de famille”; J. LAENENS, “Overzicht van rechtspraak (1970-1978) – De bevoegdheid”, *T.P.R.* 1979, p. 278, nr. 53, alwaar, gelet op de feitelijke moeilijkheden die deze regeling meebrengt, wordt gesuggereerd dat de vrederechter van de voogdijwoonplaats aan de vrederechter van de woonplaats van de minderjarige opdracht zou kunnen geven om de familieraad aldaar bijeen te roepen; hierbij geldt de burgerlijke woonplaats van de niet-ontvoogde minderjarige.

Deze remediëring bracht evenwel al te weinig aarde aan de dijk.

Zie: J. NOLF, *t.a.p.*, 369-370.

Vgl.: de betwisting terzake in verband met de bevoegde vrederechter indien de onder voorlopig bewind gestelde (beschermd) persoon in de loop van het bewind van verblijf- of woonplaats verandert: Arrondrb. Brussel 2 mei 1994, *J.L.M.B.* 1995, (1162), 1164, noot G. DE LEVAL, alwaar, naar analogie met het principe van “eenheid van voogdijforum”, de vrederechter die de voorlopige bewindvoerder heeft aangesteld als bevoegde rechter wordt aangeduid tot aan het einde van dit bewind, inderdaad “le principe de ‘l’unité du for tutélaire’ doit s’appliquer en matière d’administration provisoire”; J.-P. MASSON, “Le nouveau régime de protection des biens des incapables majeurs”, *Rev. not. b.* 1992, p. 187-188, nr. 15; anders: M. BOSMANS, “De wet van 18 juli 1991 houdende patrimoniale bescherming van de meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand

niet in staat is zijn goederen te beheren”, *T. Vred.* 1991, p. 324, nr. 7; E. VIEUJEAN, “Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens”, *T.B.B.R.* 1993, p. 26, nr. 24. Sedert de Wet van 8 november 1998 “tot wijziging van de artikelen 488bis, b, c, en d B.W. en van artikel 623 Ger.W.”, bepaalt artikel 488bis, d, eerste lid B.W. dat de vrederechter, op verzoek van de beschermde persoon, van elke belanghebbende, evenals van de procureur des Konings of de voorlopige bewindvoerder of ambtshalve, wanneer de beschermde persoon het kanton verlaat om zijn hoofdverblijfplaats duurzaam in een ander gerechtelijk kanton te vestigen, bij gemotiveerde beschikking, kan beslissen het dossier aan de vrederechter van het kanton van de nieuwe hoofdverblijfplaats over te zenden. De laatstgenoemde vrederechter wordt bevoegd (zie hierover: J. LAENENS, “Procesrechtelijke aspecten inzake bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 145-146, nr. 330). De vermelde mogelijkheid om het dossier over te zenden, is thans bepaald in artikel 628, sub 3° Ger.W. (F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 152-153, nr. 328).

105 De tekst van het huidige artikel 390, tweede lid B.W. luidt: “De vrederechter van de plaats waar de voogdij is opengevallen is onveranderlijk”. Uiteraard is niet de vrederechter zelf “onveranderlijk”, maar wel zijn bevoegdheid.

Het beginsel is en blijft zodoende dat van de onveranderlijkheid van het voogdijforum (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 6, nr. 27). Dit wordt bij de voorbereiding van de Wet van 29 april 2001 als volgt gemotiveerd. In beginsel blijft dezelfde vrederechter bevoegd om minderjarigen gedurende de voogdij te volgen, zodat hij de zaak grondig en volledig kent. Zelfs indien de minderjarige daarna van woonplaats verandert, is het in beginsel verkieslijk de zetel van de voogdij niet onmiddellijk over te plaatsen want dan zouden de belanghebbende personen zelf kunnen bepalen welke vrederechter territoriaal bevoegd is. Gelet op de evolutie op het stuk van de communicatiemiddelen, speelt de afstand die betrokkenen eventueel moeten afleggen om zich naar het vredegerecht te begeven, geen grote rol meer (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 16-17).

106 De onveranderlijkheid van het voogdijforum wil voor de Vrederechter van het tweede kanton te Kortrijk zeggen dat de voogdij onveranderlijk verbonden blijft aan de plaats waar de voogdij is ontstaan: als die plaats ingevolge de herindeling van de kantons tot een ander kanton gaat behoren, wordt dat het nieuwe voogdijforum (Vred. Kortrijk (tweede kanton) 17 september 2001, *R.W.* 2001-02, 929, met, wat de uitspraak op dit punt betreft, goedkeurende noot J. LAENENS, *T. Vred.* 2004, 193, noot).

De bedoelde herindeling van de kantons is deze ingevolge de Wet van 25 maart 1999 “betreffende de hervorming van de gerechtelijke kantons”, *B.S.* 22 mei 1999, die wat de inwerkingtreding betreft werd gewijzigd door de Wet van 12 augustus 2000 “tot wijziging van artikel 26 van de Wet van 25 maart 1999 betreffende de hervorming van de gerechtelijke kantons”, *B.S.* 22 augustus 2000.

§ 2. Uitzondering

107 Krachtens artikel 390, derde lid B.W., kan evenwel de vrederechter van de plaats waar de voogdij is ontstaan, op verzoek van de voogd maar ook

ambtshalve, bevelen dat de voogdij wordt overgebracht naar de woonplaats of de verblijfplaats van de voogd, zulks uiteraard in het centrale belang van de pupil. De beslissing is bindend voor de rechter aan wie de zaak wordt overgedragen. Met uitzondering van het hoger beroep ingesteld door de procureur des Konings, is zij niet vatbaar voor enig rechtsmiddel.

Forumshopping moet hoe dan ook worden vermeden, reden waarom als prangende voorwaarde voor de bedoelde overbrenging van de voogdij geldt dat zulks in het belang van de pupil moet zijn (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 6, nr. 27; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 35, nr. 86). Net hierom bepaalt de wet trouwens dat de vrederechter ook ambtshalve kan optreden indien het belang van de pupil dit vereist. Gewichtige redenen met het oog op de bedoelde gerechtelijke verandering zijn in de eerste plaats de al te verre afstand tussen de woonplaats van de pupil bij het ontstaan van de voogdij enerzijds en de actuele of latere woonplaats van de fungerende voogd, maar bijvoorbeeld ook de taalwetgeving (zowel in gerechtszaken als in bestuurszaken) die het wenselijk maakt dat de voogd zich kan wenden tot de vrederechter uit zijn taalgebied wanneer hij de taal van het taalgebied waarin de voogdij is ontstaan, niet beheerst (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 366, nr. 15, die erop wijst dat de voogd immers op regelmatige basis aan de vrederechter moet verslag uitbrengen).

De bedoelde uitzondering is duidelijk gespiegeld aan de gelijkaardige bepaling van artikel 628, *sub* 3° Ger.W. inzake het voorlopig bewind. Ook daar kan de vrederechter, hetzij op verzoek van de beschermde persoon, van elke belanghebbende, evenals van de procureur des Konings of de voorlopige bewindvoerder zelf, hetzij ambtshalve, wanneer de beschermde persoon het kanton verlaat om zijn hoofdverblijfplaats duurzaam in een ander gerechtelijk kanton te vestigen, bij gemotiveerde beschikking, beslissen het dossier aan de vrederechter van het kanton van de nieuwe hoofdverblijfplaats over te zenden. Hierdoor wordt de verwijzingsrechter bevoegd.

Zie terzake: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, p. 38-39, nr. 44; J. LAENENS, “Procesrechtelijke aspecten inzake bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 145-146, nr. 330; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 10, nr. 20.

108 Het “voogdijforum” in de zin van artikel 390 B.W. blijft derhalve duidelijk te onderscheiden van de woonplaats van de pupil in de zin van de artikelen 102 e.v. B.W. Krachtens artikel 108, tweede lid B.W. heeft de minderjarige zijn (burgerrechtelijke) woonplaats bij zijn voogd. Telkens de voogd verhuist en een nieuwe woonplaats heeft, heeft ook diens pupil, van rechtswege, een nieuwe woonplaats: deze verhuizing heeft echter niet *per se* impact op het voogdijforum (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 366, nr. 16).

HOOFDSTUK II DRINGENDE MAATREGELEN

109 Zodra de voogdij (opnieuw) ontstaat, dan wel openvalt, kan de vrederechter dringende maatregelen bevelen en dit nog vóór de (nieuwe) voogd is benoemd. Hij heeft die mogelijkheid dus zowel naar aanleiding van de organisatie van de voogdij als bij het vacant vallen van voogdijopdrachten. Er moet wel sprake zijn van voogdij.

Elke belanghebbende kan hierom verzoeken en dit “bij eenvoudige brief”, desnoods mondeling (A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 107, nr. 260).

VERRYCKEN acht deze bepaling overbodig: “Inderdaad, als de vrederechter een brief ontvangt, put hij daar informatie uit die hem toelaat eventueel ambtshalve op te treden. Wordt de brief beschouwd als een gedinginleidende akte, dan zal deze worden gelijkgesteld met een verzoekschrift en dan zal er rolrecht verschuldigd zijn” (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 36-37, nr. 89).

Zodoende vormt artikel 391, derde lid B.W. een wettelijke uitzondering op het bepaalde in de artikelen 1232-1237 B.W.: *lex specialis derogat generalibus*.

Zie: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 367, nr. 17, voetnoot 25. Een en ander wordt betreurd vanuit notariële hoek: het notariaat wou immers graag de rechtsingang bij wijze van gewone brief extrapoleren naar alle procedures in verband met de voogdij (zie hierover: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 225).

De voordelen van dergelijke soepele rechtsingang zijn evident. Men verliest geen tijd met het zoeken naar de juiste formulering, het contacteren van een advocaat en het wachten op de openingsuren van de griffie.

Eens hem een gebeurtenis ter kennis is gebracht, naar aanleiding waarvan de organisatie van de voogdij zich opdringt, of nog wanneer een (toeziende) voogdijopdracht eindigt, kan de vrederechter ook ambtshalve optreden.

110 De organisatie van de voogdij neemt hoe dan ook enige tijd in beslag (H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 14, nr. 5).

Artikel 391 B.W. strekt er duidelijk toe een snel optreden van de vrederechter mogelijk te maken, gelet op de vele oorzaken van vertraging die kunnen bestaan. Zo kunnen de benoeming van een voogd (art. 393 B.W.) of de homologatie van de overeenkomstig artikel 392 B.W. aangewezen voogd vertraging oplopen: de aangezochte kandidaat-voogd moet vooraf worden gecontacteerd en, bovenal, bereid gevonden worden om zijn opdracht te aanvaarden (art. 396, eerste lid B.W.). Er kan ook discussie bestaan omtrent de bewijs-

waarde van het bedoelde eigenhandige testament (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 367, nr. 17, voetnoot 24). Bovendien moet, in voorkomend geval, worden nagegaan of er geen ander, later testament voorhanden is. Andere vertragende elementen zijn: het horen van de in artikel 394 B.W. bedoelde personen vooraleer tot benoeming of homologatie over te gaan, de benoeming van een toezienende voogd en het nemen van een eventuele wettelijke hypothecaire inschrijving.

Het gaat inderdaad om een weeskind, voor wie, bij gebrek aan opvang, mogelijks onmiddellijk problemen van huisvesting of persoonlijk toezicht kunnen rijzen, dan wel financiële problemen ten gevolge van het overlijden van de enige of langstlevende ouder. Krachtens artikel 391 B.W. is de vrederechter bevoegd om de nodige maatregelen te nemen in afwachting dat de voogd zijn taak heeft aangevat. Die bevoegdheid van de vrederechter is evenwel beperkt door de dringende noodzakelijkheid van zijn optreden, zowel wat de bescherming van de persoon van de minderjarige (bv. een medische ingreep) als de bewaring van zijn vermogen (bv. de verzegeling) betreft. Teneinde een voor de minderjarige nadelige juridische leemte te voorkomen, is bepaald dat de aanwijzing van de voogd niet van rechtswege een einde maakt aan de door de vrederechter getroffen maatregelen (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 7).

111 Zo kan bijvoorbeeld de inschrijving in een school bij het begin van het nieuwe schooljaar, nog vóór de voogdij is ingericht, ten titel van “dringende maatregel” gebeuren (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 36, nr. 88). Meer klassieke maatregelen zijn het overgaan tot verzegeling, het belasten van personen met de bewaring van goederen waarin de pupil gerechtigd kan zijn, het bevelen dat de pupil door een bepaalde persoon (inzonderheid een familielid) moet worden opgevangen of dat de pupil tijdelijk wordt geplaatst (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 107, nr. 260).

Een mooie toepassing ligt voor in een beschikking van de Vrederechter van het vierde kanton te Brussel (*onuitg.*, besproken bij: M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 71). Sinds 1992 neemt een echtpaar een op dat ogenblik driejarig jongetje op in hun gezin. Na het overlijden van de (adoptie)ouders respectievelijk in 1999 en 2001, hebben de pleegouders de vermelde vrederechter gevraagd om de voogdij in te richten over het kind dat sinds 1995 bij hen is gedomicilieerd. Tot zolang wensen de pleegouders een aantal voorlopige maatregelen in het belang van het kind: als lid van een baseballclub kan de minderjarige immers deelnemen aan Europese kampioenschappen in Polen; als de club daar wordt geselecteerd, zouden de leden rechtstreeks van Polen naar de Verenigde Staten van Amerika doorreizen. De vrederechter stemde in met het verzoek het kind buiten België te laten reizen, eerst naar Polen en eventueel nadien naar Amerika.

112 Artikel 391 B.W. kan evenzeer toepassing vinden in de hypothese dat er grond bestaat om de voogd te vervangen in de zin van artikel 401, eerste lid B.W.

113 De aanwijzing van de voogd maakt geen einde aan de genomen maatregelen. De vrederechter moet ze intrekken, tenzij hij een vervaltermijn heeft ingebouwd (F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 5, nr. 17). Op die manier wenst de wetgever, zoals reeds aangegeven, een juridische leemte te voorkomen die voor de pupil nadelig is.

114 De vraag rijst of ook de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in kort geding, op basis van artikel 584, derde lid Ger.W. kan tussenkomen om maatregelen te bevelen wanneer er bij het ontstaan van de voogdij praktische moeilijkheden rijzen (zie bv.: Vz. Rb. Brussel 17 februari 1997, *Rev. not. b.* 2000, 85). In voorkomend geval zou de voorzitter, “in geval van volstreekte noodzakelijkheid”, bijvoorbeeld een voogd *ad hoc* en een toeziende voogd *ad hoc* kunnen benoemen (Vz. Rb. Luik 24 juni 1996, *J.L.M.B.* 2000, 806). Artikel 391 B.W. sluit dit niet uit, wat niet wegneemt dat de voorzitter hoe dan ook rekening moet houden met de wettelijke mogelijkheden en bevoegdheden van de vrederechter bij het ontstaan of openvallen van de voogdij: telkens wanneer de vrederechter zelf ten gepaste tijde kan handelen, moet de voorzitter zich onthouden (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 367-368, nr. 18).

HOOFDSTUK III VOOGD

AFDELING I

KEUZE VAN DE VOOGD

§ 1. Ouderlijke aanwijzing

115 Sinds de Wet van 29 april 2001 zijn, achtereenvolgens, drie soorten voogdijen te onderscheiden:

– de door de ouder(s) opgedragen voogdij (art. 392 B.W.);

De terminologie “testamentaire voogdij” is hoe dan ook onvolkomen, (mede) gelet op de thans wettelijk bepaalde mogelijkheid voor beide ouders om een gezamenlijke verklaring (hetzij voor de vrederechter, hetzij voor de notaris) te doen (art. 392 B.W.). Men kan niet langer zonder meer van “testamentaire voogdij” gewag maken (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 217). Het is beter te spreken van een door de ouder(s) opgedragen voogdij (vgl.: C. DE BUSCHERE, “Art. 392 B.W.”, in J. GERLO, A. HEYVAERT en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2002, p. 9-10, nr. 6).

– de door de vrederechter opgedragen voogdij (art. 393-395 B.W.);

– de administratieve voogdij van het O.C.M.W. (art. 396, derde en vierde lid B.W. *juncto* 63-66 Wet van 8 juli 1976 “betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn”).

116 Onder het oude recht konden, naargelang de wijze waarop de voogd werd aangeduid, eveneens drie (uitdrukkelijk wettelijk bepaalde) soorten voogdijen worden onderscheiden:

– de wettelijke voogdij of de voogdij van rechtswege, waarbinnen dan enerzijds de “voogdij van de vader en de moeder” (oude art. 390 en 395 B.W.) en anderzijds de “voogdij van de verdere bloedverwanten in de opgaande lijn” (oude art. 402 B.W.); telkens duidde de wet de persoon aan die, in de specifiek omschreven hypothesen, de functie van voogd waarnam;

– de testamentaire voogdij (oude art. 397-398 en 401 B.W.);

– de datieve voogdij of de “door de familieraad opgedragen voogdij” (oud art. 405 B.W.).

Uit deze drievoudige indeling bleek geenszins in welke volgorde deze voogdijen aan bod kwamen. Deze volgorde kon worden afgeleid uit de artikelen 402 en 405 B.W., alwaar, zij het impliciet, de vier consecutieve wijzen van aanduiding van de voogd werden bepaald. De wetgever maakte aldus vier orden, die elk, de een na de ander, aan bod kwamen (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 86). Slechts bij gebrek aan een voogd in de eerste orde, kwam de voogd in de tweede orde in aanmerking, vervolgens de voogd in de derde orde en tot slot de voogd in de vierde orde. Van deze volgorde kon niet worden afgeweken. Eens echter een voogd van een

bepaalde orde was geroepen, doch hij zijn mandaat, om redenen van vrijstelling, onbekwaamheid, uitsluiting, ontzetting of overlijden, niet (meer) waarnam, dan werd steeds naar de vierde en laatste orde overgegaan.

De wettelijke “voogdij van de vader en de moeder” (oude art. 390 en 395 B.W.) vormde de eerste orde. Ingeval de enige ouder of beide ouders van de minderjarige overleden waren, moest men steeds nagaan of de enige of langstlevende ouder de voogdij niet aan een bepaalde persoon had opgedragen overeenkomstig de in het oude artikel 398 B.W. bepaalde vormen. Deze testamentaire voogdij ging immers als tweede orde voor op de wettelijke “voogdij van de verdere bloedverwanten in de opgaande lijn” of de zogenaamde ascendentenvoogdij, die de derde orde vormde (C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *R.W.* 1992-93, p. 274, nr. 5). De vierde en laatste orde was dan de door de familieraad overeenkomstig artikel 405 B.W. opgedragen voogdij of de datieve voogdij. Indien de minderjarige geen (van beide) ouder(s) meer in leven had, de (langstlevende) ouder geen voogd had gekozen en de minderjarige geen andere bloedverwanten in opgaande lijn had, benoemde de familieraad de voogd.

117 De wettelijke voogdij, waarbinnen dan enerzijds de “voogdij van de vader en de moeder” (oude art. 390 en 395 B.W.) en anderzijds de “voogdij van de verdere bloedverwanten in opgaande lijn” (oud art. 402 B.W.), is afgeschaft. Hetzelfde geldt voor de wettelijke voogdij van de echtgenoot van de gerechtelijk onbekwaamverklaarde (oud art. 506 B.W.).

De testamentaire voogdij is blijven bestaan, zij het in een ruimere vorm.

Zie hierover uitgebreid: C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, 56 p.; C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 368-382, nrs. 20-55.

Samen met de familieraad is uiteraard ook de “door de familieraad opgedragen” voogdij afgeschaft (oud art. 405 B.W.).

A. AARD VAN DE DOOR DE OUDER(S) OPGEDRAGEN VOOGDIJ

118 Van oudsher en nog steeds hecht de wetgever groot belang aan de mogelijkheid voor de ouders om de voogdij op te dragen. Beter dan een rechterlijke instantie zouden zij in staat zijn om de meest geschikte voogd ten behoeve van hun kinderen te kiezen voor de periode na het ontstaan van de voogdij (H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 14-15, nr. 7). Het betreft een wettelijk attribuut van het ouderlijk gezag (F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 7, nr. 30).

In die optiek voorziet artikel 392 B.W. in de mogelijkheid voor de ouder(s) om hetzij bij testament, hetzij bij verklaring voor de vrederechter, hetzij bij verklaring voor een notaris een voogd aan te wijzen.

Niettemin leert de praktijk dat de ouderlijke aanwijzing van een voogd niet zo vaak voorkomt (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1472, nr. 80; vgl.: *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 69).

In die optiek zijn overigens herhaalde voorstellen tot afschaffing geformuleerd; zie bv.: H. DE PAGE, herwerkt door J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 1188, nr. 1274.

Toch zou de door de ouder opgedragen voogdij, inzonderheid aan de homo-seksuele mee-ouder, de laatste jaren aan heropleving toe zijn (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 181, nr. 1234; zie ook: Arbitragehof 8 oktober 2003 (nr. 134/2003), *R.W.* 2003-04, 1016).

119 De door de ouder(s) opgedragen voogdij (art. 392 B.W.) gaat voor op de door de vrederechter opgedragen voogdij (art. 393-395 B.W.). Artikel 393 B.W. bepaalt immers dat de vrederechter een voogd kiest zodra hij kennis heeft van het ontstaan van de voogdij “indien de ouders geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid die hen in artikel 392 B.W. wordt geboden”. Zoals voormeld, was dit anders onder het oude recht: als tweede orde kwam de testamentaire voogdij (oude art. 397-398 en 401 B.W.) pas aan bod indien geen wettelijke “voogdij van de vader en de moeder” (oude art. 390 en 395 B.W.) voorlag. Sinds de hervorming van 29 april 2001 maakt de door de ouder(s) opgedragen voogdij de eerste orde uit.

120 De wetgever van 29 april 2001 heeft bovendien in een en andere vernieuwing voorzien.

Nieuw is vooreerst de mogelijkheid voor de ouders om, hetzij voor de vrederechter hetzij voor de notaris, een gezamenlijke verklaring af te leggen. Deze optie bestaat naast de klassieke mogelijkheid van een eenzijdige aanwijzing door de ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent.

Nieuw is ook dat de vrederechter de ouderlijke aanwijzing marginaal toetst. De aanduiding van de voogd heeft immers geen dwingende of onmiddellijke uitwerking: het volstaat niet dat de voogdij ontstaat opdat de aangewezen voogd in functie zou kunnen treden. Krachtens artikel 392, vijfde lid B.W. krijgt de vrederechter een homologatiebevoegdheid: ernstige redenen met betrekking tot het belang van het kind die hij nauwkeurig in zijn beschikking omschrijft, kunnen een *fiat* van de vrederechter in de weg staan.

In het raam van de vermelde homologatie moet de vrederechter de minderjarige die twaalf jaar oud is, horen (art. 394, eerste lid B.W.).

Verder heeft de wetgever het voorheen in de lijn van het oude artikel 401 B.W. “beperkt” verplichte karakter van de testamentaire voogdij afgeschaft: geen enkele voogdij is thans nog verplicht (art. 396, eerste lid B.W.).

Het oude artikel 401 B.W. bepaalde dat de door de vader of de moeder gekozen voogd niet verplicht was de voogdij op zich te nemen, indien hij niet tevens behoorde tot de klasse van personen die de familieraad, bij gebreke van deze bijzondere keuze, met de voogdij had kunnen belasten.

En tot slot zij nog even aangestipt dat de familieraad als voogdijorgaan volledig is verdwenen, zo ook inzake de door de ouder(s) opgedragen voogdij.

121 DE BUSSCHERE wijst bovendien op de link tussen (het nieuwe) artikel 389 B.W. inzake het ontstaan van de voogdij en de door de ouder(s) opgedragen voogdij (C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 7-8, nr. 4).

Krachtens artikel 389 B.W. ontstaat de voogdij wanneer er geen beschikbare ouder meer is, hetzij ingevolge overlijden, hetzij ingevolge wettelijke onbekendheid, hetzij ingevolge de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Het overlijden van de (enige) ouder(s) is dus niet de enige situatie waarin de voogdij ontstaat. Dit is ook het geval wanneer de (enige) ouder(s) wettelijk onbekend is of in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Welnu, ook in deze gevallen, en inzonderheid in het geval van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen, moet worden nagegaan of de bedoelde ouder(s) in de voorliggende hypothese een voogd heeft (hebben) aangewezen. In voorkomend geval, wordt de door de ouder(s) opgedragen voogdij georganiseerd, zelfs al ontstaat zij niet naar aanleiding van een overlijden.

Een specifiek geval is dat waarin een ouder overlijdt en er nog een andere ouder is, zij het dat deze laatste, bv. ingevolge de gerechtelijke onbekwaamverklaring, in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Wanneer de eerststervende ouder een voogd heeft aangewezen, deze bereid is de opdracht te aanvaarden en de vrederechter de aanduiding homologeert, wordt de door die ouder opgedragen voogdij georganiseerd, zelfs al ontstaat zij naar aanleiding van het overlijden van de eerststervende ouder. Van belang is wel dat deze ouder op het ogenblik van zijn overlijden (en dus op het ogenblik dat de voogdij ontstaat) de enige is die het ouderlijk gezag uitoefent.

In de lijn van het voormelde zij duidelijk dat de door de ouder(s) opgedragen voogdij (wellicht wel in het *quod plerumque fit* maar) niet noodzakelijk een "laatste wilsbeschikking" vormt. De voogdij kan worden opgedragen, niet alleen voor het geval van overlijden maar ook voor het geval van voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Cruciaal hierbij is dat, voor zover de door de ouder(s) opgedragen voogdij niet als laatste wilsbeschikking fungeert, de keuze niet bij testament kan gebeuren. Het testament is immers per definitie een laatste wilsbeschikking: het heeft pas uitwerking bij het overlijden van de testator; inhoudelijk kan het slechts beschikkingen voor na het overlijden bevatten.

Vgl.: Vred. Gent (zevende kanton) 29 december 1982, *T.Vred.* 1987, 8; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, "Overzicht van rechtspraak (1981-1987): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1988, p. 613, nr. 325; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 450, nr. 1233.

Eens te meer blijkt de terminologie "testamentaire voogdij" onvolkomen. Niet alleen is er meer dan alleen maar de per definitie door één ouder alleen te gebruiken testamentsvorm, bovendien is

het geval van overlijden niet het enige waarbij mogelijks tot organisatie van de door de ouder(s) opgedragen voogdij moet worden overgegaan.

Waar het Burgerlijk Wetboek de term "testamentaire voogdij" niet kent (tot verwondering van: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Théorie et pratique de droit civil, V, Des personnes*, Parijs, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1908, p. 425, nr. 349), bepaalt artikel 1234 Ger.W. wel dat, indien de akte tot aanwijzing van een "testamentaire voogd" wordt ontdekt na de benoeming van een andere voogd, de vrederechter beide voogden oproept in raadkamer en uitspraak doet. Hoewel de term "testamentaire voogd" hier slaat op elke voogd, gekozen hetzij individueel door één ouder hetzij gezamenlijk door beide ouders, op welke wettelijke wijze ook als bepaalt in artikel 392 B.W. (en welke ook de wettelijke aanleiding van het ontstaan van de voogdij is bij toepassing van artikel 389 B.W.), is dit geen doorslaggevend argument om deze term te veralgemenen (vgl.: C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 9-10, nr. 6).

Waar de verklaring voor de vrederechter of voor een notaris de aanwijzing van een voogd kan betreffen voor alle gevallen waarin (overeenkomstig art. 389 B.W.) de voogdij kan ontstaan, kan de bij testament opgedragen voogdij uitsluitend betrekking hebben op de hypothese van het ontstaan van de voogdij ingevolge het overlijden van de testator. Wil de ouder zich indekken voor de (weliswaar meer uitzonderlijke) hypothese waarin de voogdij tijdens zijn leven kan ontstaan (bv. wanneer hij de enige ouder is en in de voortdurende onmogelijkheid terechtkomt om verder het ouderlijk gezag uit te oefenen), dan moet hij niet alleen in een ruimere libellering voorzien maar ook letten op de vorm: enkel de verklaring voor de vrederechter of de verklaring voor een notaris kunnen dienen.

122 De ouderlijke keuze van een voogd is steeds herroepbaar. Uiteraard kan de bij testament gedane keuze worden herroepen: dat het herroepbare karakter een wezenkenmerk is van elk testament (art. 895 B.W.) speelt ook hier. De ouder-testator kan op om het even welk ogenblik op een gedane keuze terugkomen en zijn laatste wilsbeschikking herroepen. Maar er is meer. In het belang van het kind kan ook elke anders dan bij testament gedane ouderlijke keuze worden herroepen. De herroepbaarheid geldt ongeacht de vorm waarin de ouderlijke aanwijzing is gebeurd. Ook de gezamenlijk gedane verklaring is door elke ouder herroepbaar (art. 392, vierde lid B.W.). Wanneer een ouder zijn vertrouwen verliest in de (mede) door hem reeds gekozen persoon, moet hij op de gedane keuze kunnen terugkomen en desgewenst een andere voogd kunnen aanwijzen.

123 *Qua* vorm zijn er verschillende mogelijkheden om als ouder een voogd aan te wijzen. Artikel 392 B.W. geeft ze weer op limitatieve wijze.

Essentieel is het onderscheid tussen de afzonderlijke aanwijzing door de ouder die het laatste het ouderlijk gezag uitoefent en de gezamenlijke aanwijzing door beide ouders. Een geschrift is steeds vereist (vgl.: Rb. Nijvel 30 mei 1979, *Rev. not. b.* 1979, 366, zoals bevestigd door Brussel 14 mei 1980, *J.T.* 1981, 61). Getuigenverklaringen, ernstige en overeenstemmende vermoedens of de eed zijn dus uit den boze. Zo is het feit dat de (enige) ouder(s) jarenlang heeft (hebben) toegelaten dat zijn (hun) kind bij een bepaalde persoon (al dan niet familie) werd opgevoed onvoldoende om hieruit een rechtsgeldige aanwijzing van een voogd af te leiden (Cass. fr. 24 oktober 1995, *D.S.* 1996, *sommaires*

commentés, 235, noot F. VAUVILLE). Sacramentele bewoordingen hoeven niet, als de aanwijzing maar voldoende duidelijk is: de ouder(s) moet(en) ondubbelzinnig het complete gezag aan de bedoelde persoon opdragen (C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *t.a.p.*, p. 276, nr. 13).

Voor de afzonderlijke aanwijzing kan worden gekozen voor het testament (in welke vorm ook) wanneer enkel het geval van overlijden wordt gevisieerd. Ziet de ouder het ruimer, dan moet hij een verklaring afleggen hetzij voor de vrederechter van zijn woonplaats hetzij voor een notaris. De gezamenlijke aanwijzing kan enkel bij wege van verklaring hetzij voor de vrederechter hetzij voor een notaris.

Een onderhands geschrift volstaat in de regel niet, tenzij in het geval van de afzonderlijke aanwijzing bij eigenhandig testament (art. 970 B.W.).

124 De ouderlijke aanwijzing van een voogd geeft op zich geen aanleiding tot de opening van een individueel procesdossier in de zin van artikel 1237 Ger.W., ook niet wanneer de ouderlijke aanwijzing geschiedt bij verklaring voor de vrederechter. Dergelijk dossier wordt pas aangelegd wanneer de voogdij effectief ontstaat (art. 389 B.W.). In voorkomend geval bevat het alsdan het verzoekschrift tot homologatie en de er op volgende beslissing (art. 392, vijfde lid B.W.), zo ook de bijlagen, inzonderheid een uitgifte of kopie van het geschrift van de ouderlijke aanwijzing.

B. AFZONDERLIJKE AANWIJZING DOOR DE OUDER DIE HET LAATST HET OUDERLIJK GEZAG UITOEFENT

1. Vormen

a. Bij testament

125 Waar de oude artikelen 397-398 B.W. voorzagen in het recht voor “de langstlevende der ouders” om bij “een akte van uiterste wil” een bloedverwant of zelfs een vreemde tot voogd te kiezen, bepaalt artikel 392 B.W. thans dat de ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent onder meer “bij testament” een voogd kan aanwijzen. Ondanks de verschillende bewoordingen, wordt een en dezelfde testamentaire voogdij bedoeld. Zowel de langstlevende als de enige ouder kunnen testamentair een voogd aanwijzen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1164, nr. 1239; G. VAN OOSTERWYCK, “Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding”, in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 233, nr. 316).

126 Het testament mag beperkt zijn tot de bedoelde ouderlijke aanwijzing: het is niet vereist dat het testament ook laatste wilsbeschikkingen bevat in verband met de nalatenschap van de ouder. Ook een testament dat enkel *extra-patrimoniale* beschikkingen bevat, is geldig (Gent 15 maart 1962, *T. Not.* 1963, 179; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE, W. PINTENS en N.

TORFS, “Overzicht van rechtspraak (1970-1984): Schenkingen en testamenten”, *T.P.R.* 1985, p. 652, nr. 156; J. MATTHIJS, “Uit de praktijk – Over de geldigheid van het testament dat alleen *extra-patrimoniale* beschikkingen bevat”, *T. Not.* 1963, 177; A. MAYEUR, “Donations et testaments: Jurisprudence 1955-1970”, *Rec. gén. enr. not.* 1971, nr. 21.508, p. 349-350, nr. 32; M. PUELINCKX-COENE, “Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften”, *T.P.R.* 1994, p. 747, nr. 261).

127 Elke rechtsgeldige testamentvorm komt in aanmerking: het authentieke of notariële testament, het eigenhandig geschreven testament en het internationale testament.

De praktijk leert dat het eigenhandige testament het meest gebruikelijk is (M. GRÉGOIRE, “La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d'autorité parentale et de tutelle”, *Rev. not. b.* 2002, p. 143, nr. 17).

Volgens de oorspronkelijke ontwerp tekst van artikel 392 B.W. was een authentiek testament vereist. Later werd het woord “authentiek” geschrapt (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/002, p. 2; *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 33). Deze wijziging kwam tegemoet aan een wens van de Federatie van Belgische Notarissen, mede uitgedrukt door GRÉGOIRE: “Momenteel kan de voogd worden aangesteld bij eigenhandig testament; het ontwerp voorziet echter alleen in een aanstelling bij authentiek testament. Dat betekent bijvoorbeeld dat alle Belgen die in het buitenland verblijven en die geen toegang hebben tot het authentieke testament, in dat opzicht geen maatregelen zouden kunnen nemen; dat betekent ook dat ontelbare Belgen die een eigenhandig testament hebben opgemaakt om een voogd aan te stellen, plots voor een juridische leemte zouden komen te staan. Volgens het notariaat bestaat er geen objectieve reden om de aanstelling van de voogd te beperken tot het louter authentieke testament.” (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 18-19, p. 69 en p. 78).

De regering diende een amendement in om de woorden “authentiek testament” te vervangen door de woorden “akte van uiterste wil” (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/004, p. 5; *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 33-34), maar na een tussenkomst van de commissievoorzitter heeft de Minister van Justitie dit amendement ingetrokken (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 34).

Het authentieke of notariële testament wordt aanbevolen, zij het om traditionele redenen (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 14-15, nr. 12).

Zie ook: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 17; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 143-144, nr. 17.

Het eigenhandige testament is onderhevig aan de risico's van verlies, vernietiging door overmacht en zelfs kwaadwillige vernietiging door derden.

Het authentieke of notariële testament wordt daarentegen door de notaris bewaard en overigens ingeschreven op zijn repertorium.

Daar komt bij dat de bij eigenhandig testament (dat slechts de bewijswaarde heeft van een onderhands geschrift) aangewezen voogd niet kan optreden zolang het geschrift of de handtekening van het bedoelde testament wordt betwist (art. 1323-1324 B.W.).

Zie bv.: Brussel 21 maart 1923, *Pas.* 1924, II, 21, dat Rb. Brussel 19 juli 1922, *Pas.* 1924, II, 21 hervomt; Cass. fr. 3 november 1999, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, 610-611, noot J. PATARIN.

Het depot van het onderhandse testament bij de notaris verhoogt de vermelde bewijswaarde niet.

Gedurende de betwisting van de titel van de testamentaire voogd, kan de vrederechter toepassing maken van artikel 391 B.W. en zodoende op verzoek van iedere belanghebbende of zelfs ambtshalve de dringende maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de persoon van de minderjarige en voor de bewaring van zijn goederen.

Bijkomend voordeel van het authentieke of notariële testament is dat mogelijks problemen van internationaal privaatrecht worden vermeden, nu het eigenhandige testament niet alom bestaat.

128 Het valt te vermijden, maar het is niet uitgesloten om net degene die als vormgetuige optreedt bij het verlijden van het authentieke of notariële testament als voogd aan te duiden of, (eerder) omgekeerd, om de aangewezen testamentaire voogd tegelijk als vormgetuige te laten fungeren (*Pand. b.*, CXIII, tw. *Testament authentique par acte public*, Brussel, Larcier, 1913, 340, nr. 181; *Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle testamentaire*, Brussel, Larcier, 1930, 410, nr. 47; *R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, tutelle, émancipation*, Brussel/Parijs, Bruylant/Librairie générale de droit, 1936, p. 253, nr. 354).

b. Bij verklaring voor de vrederechter

129 De afzonderlijke aanwijzing kan evengoed gebeuren voor de vrederechter, zij het (anders dan vroeger) niet voor om het even welke vrederechter maar enkel voor de vrederechter van zijn woonplaats (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 144, nr. 17). Bij gebrek aan precisie moet worden aangenomen dat artikel 392 B.W. verwijst naar het woonplaatsbegrip in de zin van artikel 102 B.W.

130 Uiteraard moet de vrederechter werken in de (bestuurs)taal van het taalgebied waarbinnen zijn gerechtelijk kanton ligt (art. 4 G.W.). Wil de ouder zijn verklaring afleggen in een andere taal dan de bestuurstaal die geldt in het ambtsgebied van de territoriaal bevoegde vrederechter, dan moet hij zijn toevlucht nemen tot een testament of zich tot een notaris wenden. Voor deze laatste geldt de taalvrijheid (art. 30 G.W.).

De verklaring voor de vrederechter gebeurt met bijstand van diens griffier (art. 170 Ger.W.).

Er komen geen getuigen bij te pas.

c. Bij verklaring voor een notaris

131 Een derde mogelijke vorm voor de afzonderlijke aanwijzing is de verklaring voor een notaris naar keuze. Anders dan bij de verklaring voor de vrederechter, is de ouder noch territoriaal noch *qua* taalkeuze beperkt.

De Belgische ouder die zich in het buitenland bevindt kan zich desgewenst wenden tot een (territoriaal bevoegde) Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaar met notariële bevoegdheid (Wet 10 juli 1931 "betreffende de bevoegdheid der diplomatieke en consulaire agenten in notariële zaken", *B.S.* 31 juli 1931).

Het betreft een gewone notariële akte (art. 20 van de Wet op het notarisambt) die in minuut moet worden opgemaakt (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 144-145, nr. 17). Noch getuigen noch een tweede notaris zijn vereist (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak (1995-2000): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 2001, p. 2068, nr. 620; H. CASMAN, *t.a.p.*, 217). Het gaat immers niet om een authentiek testament (waarop de vormvoorschriften van de art. 971-975 B.W. van toepassing zijn).

Zoals in beginsel van elke andere notariële akte, moet de registratie gebeuren binnen de vijftien dagen na het verlijden van de bedoelde verklaring (art. 32, *sub* 1° van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten). Het vast recht van 25 EUR is verschuldigd (Parlementaire vraag nr. 2-1448 van 25 juli 2001 en antwoord, *T. Not.* 2002, 125: “Voor de notariële akten houdende aanwijzing door de ouder(s) van een voogd overeenkomstig art. 392 B.W. is in het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten geen uitzondering bepaald op de vermelde algemene regel. Aangezien in fiscale zaken de wet niet bij analogie mag worden toegepast, kan de in art. 32, *sub* 1° van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten bepaalde afwijking voor testamenten, voor schenkingen van toekomstige goederen tussen echtgenoten staande het huwelijk, voor akten van herroeping daarvan, voor verklaringen betreffende testamenten in de internationale vorm en voor akten van bewaargeving van een testament door een testator niet worden toegepast op de bedoelde notariële akten houdende aanwijzing van een voogd.”).

Hoewel de wetgever geen specifiek notarieel ereloon bepaalt (en het zodoende een niet-getarifeerde akte betreft in de zin van de art. 2-4 van de Wet van 31 augustus 1891 “houdende tarificatie en invordering van de honoraria der notarissen”), kunnen de notarissen zich richten naar het wettelijke tarief inzake het authentieke of notariële testament (art. 17-77, *sub* 1 van het K.B. van 16 december 1950 “houdende het tarief van de honoraria der notarissen”, *B.S.* 25 december 1950).

132 De notariële akte mag geen andere (laatste) wilsbeschikkingen bevatten, noch in verband met de nalatenschap noch in verband met andere (*extra-patrimoniale*) aangelegenheden (bv. de begrafenis). Het betreft een speciale akte met één enkel doel: de ouderlijke aanwijzing. In diezelfde optiek is het uit den boze om de ouderlijke aanwijzing op te nemen in een andere notariële akte, zoals een akte tot erkenning van een (buitenhuwelijks) kind, een (wijzigend) huwelijkscontract, een aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomst of een samenlevingscontract (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 18, nr. 16*bis*).

GRÉGOIRE ziet het blijkbaar anders. Waar hij zich aansluit bij DE BUSSCHERE om te stellen dat de ouderlijke aanwijzing niet kan in het raam van een huwelijkscontract, ziet hij geen graten in de opname van de ouderlijke aanwijzing in een aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomst “à condition de préciser dans ces conventions que conformément à la loi cette déclaration est autonome et peut être modifiée par chacun dans le respect des normes fixées légalement” (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 145, nr. 17). Verder sluit hij niet uit dat een vader, nog

vóór de geboorte van zijn (buitenhuwelijks) kind, een akte van erkenning laat verlijden waarin hij tevens een voogd aanwijst (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 145, nr. 19).

2. Ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent

133 Krachtens het oude artikel 397 B.W. kwam het recht om een voogd aan te wijzen “persoonlijk en uitsluitend” toe aan de langstlevende ouder. Dit is thans niet meer het geval. Artikel 392, eerste lid B.W. heeft het over “de ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent” en dit is niet noodzakelijk diegene die het langst leeft.

Zoals gezegd, is de mogelijkheid voor de ouders om de voogdij op te dragen een attribuut van het ouderlijk gezag. Dit betekent echter niet dat de bevoegdheid ertoe moet worden vastgeknoopt aan de ten tijde van de verklaring werkzame gezagsuitoefening in de zin van de artikelen 373-375 B.W. (vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 7, nr. 30). Evenmin kan te dezen, in een twee-ouder-situatie met gezamenlijke gezagsuitoefening, (uiteraard), het in artikel 373, tweede lid B.W. bedoelde vermoeden van instemming spelen.

Elke ouder, ook diegene die (bij wijze van uitzondering) het ouderlijk gezag niet uitoefent doch enkel toezicht houdt, kan de voogdij opdragen. Men mag niet uit het oog verliezen dat ook in dit laatste geval, beide ouders titularis zijn van het ouderlijk gezag: enkel de uitsluitende uitoefening wordt aan één van beiden opgedragen (P. SENAËVE, *a.w.*, II, 2004, p. 135, nr. 1066 en p. 142-143, nrs. 1094-1098). Met andere woorden: ook al oefent een van beide ouders te exclusieven titel het gezag uit, beiden kunnen van de in artikel 392 B.W. voorziene mogelijkheid gebruik maken (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 69; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 109, nr. 265). De keuze geschiedt (minstens impliciet) onder de opschortende voorwaarde dat de aanwijzende ouder diegene zal zijn die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent. Dat een ouder zijn keuze maakt op een ogenblik dat hij het ouderlijk gezag niet uitoefent, maakt ze niet nietig. De beoordeling van de geldigheid van de ouderlijke aanwijzing gebeurt immers op het ogenblik dat de voogdij ontstaat (X., “Voogd door de langstlevende vader of moeder aangesteld – Tijdstip der benoeming”, *T. Belg. Not.* 1900-01, p. 209-211, nr. 46). Als dan blijkt dat de bedoelde ouder diegene was die het laatst het ouderlijk gezag uitoefende, is de aanwijzing geldig. Stel bijvoorbeeld dat, in een geval van exclusief ouderlijk gezag, de andere (toezichthoudende) ouder een voogd aanwijst. Wanneer later de ene ouder overlijdt, verkrijgt de andere het exclusieve ouderlijk gezag. Overlijdt die op zijn beurt (hierbij een of meer minderjarige kinderen nalatende), dan zal zijn eertijds gedane aanwijzing gelden.

Als beide ouders die gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen elk afzonderlijk een voogd hebben aangewezen, dan zal uiteindelijk alleen de aanwijzing van die ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent, rechtsgevolgen hebben. *Quid* wanneer zij (minderjarige kinderen nalatende) tegelijkertijd

overlijden, eventueel tegelijkertijd in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag (verder) uit te oefenen? *Quid* wanneer in dit geval hetzij slechts een van beiden een voogd heeft aangewezen, hetzij allebei de ouders een verschillende voogd hebben aangewezen? Is er hier wel een ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefende? Volgens een eerste strekking kan in voormelde hypothesen enkel de vrederechter de voogdij opdragen (art. 393 B.W.), zij het ten titel van inlichting rekening houdend met de uitgedrukte wens(en). De toepassingsvoorwaarden van artikel 392, eerste noch tweede lid B.W. zijn vervuld (zie ook: C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *t.a.p.*, p. 282, nr. 34). Volgens een tweede strekking mag men artikel 392, eerste lid B.W. niet al te letterlijk lezen: zeker wanneer slechts een van beide ouders een voogd heeft aangewezen of wanneer beide ouders, zij het afzonderlijk, eenzelfde voogd hebben aangewezen, moet men dit respecteren (onder voorbehoud van de in art. 392, vijfde lid B.W. bedoelde “ernstige redenen met betrekking tot het belang van het kind”; zie ook: J. BAEL, “Testamenten”, in *Notariële actualiteit – Familierecht*, Brugge, die Keure, 1996, p. 233, nr. 73, noot 216). Pijnpuntje blijft het wellicht zeer uitzonderlijke geval waarbij beide ouders, ondanks de gezamenlijke gezagsuitoefening, afzonderlijk voor een andere voogd opteren en tegelijk overlijden dan wel in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag (verder) uit te oefenen. Maar ook dan zal de vrederechter oordelen overeenkomstig artikel 392, vijfde lid B.W.

134 Het recht om een voogd aan te wijzen is een persoonlijk recht van de ouder (vader of moeder) die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent. De aanwijzing kan niet bij volmacht gebeuren (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 145, nr. 17). Bovendien moet de ouder zelf kiezen: hij kan geen derde aanwijzen die ten gepaste tijde de voogd moet aanwijzen.

De onmogelijkheid om bij volmacht te werken impliceert de gebeurlijke toepassing van artikel 5 § 2 van de Wet op het notarisambt: de door de ouder aangezochte notaris mag buiten zijn gerechtelijk arrondissement instrumenteren om de verklaring op te nemen, op voorwaarde dat de akte ook waarheidsgetrouw de verklaring bevat en de bedoelde ouder niet in staat is zich naar het kantoor van de notaris te verplaatsen.

135 Het recht geldt in een een-ouder-situatie evengoed als in een twee-ouder-situatie en, wat die laatste betreft, speelt de onderlinge verhouding tussen beide ouders geen rol: al dan niet gehuwd, al dan niet feitelijk, van tafel en bed of uit de echt gescheiden, desnoods hertrouwd.

Vóór de Wet van 29 april 2001 rees betwisting over de vraag of ook de ene ouder een testamentaire voogd kon aanwijzen; zie: C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *t.a.p.*, p. 281, nrs. 31-32.

136 Ook de minderjarige ouder kan een voogd kiezen (*Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle testamentaire*, *t.a.p.*, 405, nr. 9; *R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, Tutelle, Emancipation*, *t.a.p.*, p. 251, nr. 328). Hij heeft immers, zoals een meerderjarige, alle attributen van het ouderlijk gezag (Cass. 10 december 1931, *Pas.* 1931, I, 4). De minderjarige kan dit ook bij testament. De beperking van

artikel 904 B.W. betreft enkel de vermogensrechtelijke beschikkingen (G. VAN EYGEN, “Art. 903 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1994, p. 5, nr. 7).

137 De uit het ouderlijk gezag ontzette ouder verliest (bij een gedeeltelijke ontzetting al naar gelang het geval) zijn recht om de voogdij op te dragen (art. 32-35 Jeugdbeschermingswet van 8 april 1965; Vred. Gent (zevende kanton) 29 december 1982, *T.Vred.* 1987, 8; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1183, nr. 1265; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 608, nr. 673; *R.P.D.B.*, X, tw. *Puissance paternelle*, Brussel/Parijs, Bruylant/Librairie générale de droit, 1939, p. 844, nr. 439).

138 Het recht komt enkel toe aan de ouders (als ascendenten in de eerste graad), niet aan de grootouders of andere familieleden. Zelfs de voogd in functie kan geen opvolger aanwijzen. Een en ander neemt niet weg dat de zienswijze van elkeen kan dienen in de zin van artikel 394, derde lid B.W.

Opmerkelijk is wel dat de wetgever van 3 mei 2003 de mogelijkheid om een opvolger aan te wijzen wel heeft bepaald aan de zijde van de (als familielid aangestelde) voorlopige bewindvoerder (art. 488bis, b § 3 B.W.; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 164-165, nrs. 357-358; E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, p. 674, nr. 4).

139 Het recht komt evengoed toe aan de adoptieve ouder(s) en zelfs, anders dan vroeger, in geval van gewone adoptie.

Zie terzake: C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 22, nr. 23.

Anders: M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1476, nr. 85.

Vgl. onder het oude recht: C. DE BUSSCHERE, “De testamentaire voogdij”, *t.a.p.*, p. 283, nr. 41; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1185, nr. 1272; *R.P.D.B.*, Complément VI, tw. *Puissance paternelle – autorité parentale*, Brussel, Bruylant, 1983, p. 632, nr. 147.

Zie ook: R. UYTENDAELE, “De volle eenouderadoptie”, in P. SENAËVE (ed.), *Adoptie – Verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1990, p. 139, nr. 173.

Ook de ouder van een (gebeurlijk kalendermeerderjarige) verlengd minderjarige kan een voogd kiezen, tenzij het ouderlijk gezag is vervangen door voogdij overeenkomstig artikel 487*quater* B.W. (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1476, nr. 85). Bij het overlijden van de langstlevende dan wel enige ouder gaat de vermelde voogdij ononderbroken verder.

Inzake de gerechtelijke onbekwaamverklaring in de zin van de artikelen 489-512 B.W. is het (thans, na opheffing van het oude art. 506 B.W.) steeds de vrederechter die de voogd benoemt. Een mogelijkheid, zoals voor de ouder(s), om een voogd te kiezen, is uitgesloten (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1428, nr. 1594; *Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle testamentaire*, *t.a.p.*, 406, nr. 6).

140 Kan de door de ouder(s) opgedragen voogdij betrekking hebben op ongeboren kinderen? Voor het reeds verwekte kind moet het sowieso kunnen (Cass. fr. 9 februari 1988, *J.C.P.* 1988, II, 317, noot T. FOSSIER; *Rép. Defrénois* 1988, p. 736, nr. 50, noot J. MASSIP; P. SENAËVE en E. COENE, *Geregi-*

streerd partnerschap – Pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele tweerelatie, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998, p. 122, nr. 147). Maar zelfs voor het niet eens verwekte kind moet het mogelijk zijn, al was het vooral om praktische redenen. Evenals een testament in wezen betrekking heeft op het vermogen van de testator zoals het er zal uitzien wanneer het testament uitwerking heeft en met name op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap, zo ook kan de ouderlijke aanwijzing betrekking hebben op de kinderen die hij heeft op het ogenblik dat de voogdij ontstaat. Het keuzerecht kan dus slaan op “al de minderjarige kinderen” die de ouder zal hebben bij het ontstaan van de voogdij (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 24-25, nr. 27). GRÉGOIRE preciseert dat hetzelfde geldt voor de vader van een ongeborn kind (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 146, nr. 19: “Peut-on désigner un tuteur testamentaire avant la naissance de l’enfant? Cette possibilité est-elle ouverte au père comme à la mère? On peut ainsi imaginer un père faisant simultanément déclaration de reconnaissance de l’enfant et désignation du tuteur. Les principes sont identiques pour le père ou la mère: chacun peut faire une désignation de tuteur par testament ou autrement, même avant la naissance, pour le cas où il serait le dernier vivant”).

141 In een internationaal gekleurde casus is het de wet van het kind (art. 35 Wetboek van internationaal privaatrecht), en niet die van de bedoelde ouder of de aangewezen voogd, die de mogelijkheid van een door de ouder(s) opgedragen voogdij en haar specifieke kenmerken beheerst. Hoewel de meeste ons omringende landen de door de ouder(s) opgedragen voogdij kennen, verschillen de modaliteiten: het al dan niet verplichte karakter van de voogdij, het al dan niet bestaande rechterlijke toezicht, de al dan niet bestaande mogelijkheid om meerdere voogden aan te wijzen, ..., een en ander uiteraard onder voorbehoud van de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 27-28, nr. 32; G. ROMMEL, “Inrichting van de Maghrebijnse voogdij en internationale openbare orde”, *R.W.* 1984-85, 1627-1630). Op die manier kan bepaalde (inz. Islamitische wetgeving) die al te zeer indruist tegen de gelijkberechtiging van man en vrouw (bv. door enkel een man als voogd toe te laten) buiten werking worden gesteld.

3. Herroeping van de afzonderlijke aanwijzing

142 Zonder hiertoe een specifieke reden te moeten opgeven doch in wezen met het belang van het kind voor ogen, kan de ouder te allen tijde op zijn keuze terugkomen (J. VAN ASSCHE, *Handboek van den notaris*, II, Gent, Vanderhaeghen, 1883, 319). Hij zal dit enkel niet meer kunnen wanneer (tijdens zijn leven) de voogdij is ontstaan omdat hij als ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefende in de onmogelijkheid verkeerde om dit (verder) uit te oefenen.

143 De herroeping is mogelijk in dezelfde vormen als deze waarin de ouderlijke aanwijzing kan gebeuren, ongeacht de vorm waarin de herroepen aanwijzing heeft plaatsgevonden.

Dit betekent dat de bij testament opgedragen voogdij kan worden herroepen bij verklaring voor de vrederechter of voor een notaris en omgekeerd dat de op een van deze laatste manieren opgedragen voogdij kan worden herroepen bij testament (in welke vorm ook).

Wanneer de bij testament opgedragen voogdij bij een ander testament wordt herroepen, moet dit geenszins dezelfde vorm hebben.

Evenmin moet de bij verklaring voor een notaris opgedragen voogdij worden herroepen voor dezelfde notaris: de notaris die de herroeping heeft ontvangen moet zijn confrater op de hoogte stellen.

De verklaring voor de vrederechter moet echter steeds worden herroepen voor dezelfde vrederechter, ook wanneer de bedoelde ouder tussen de aanwijzing en de herroeping van woonplaats veranderde.

De afzonderlijke aanwijzing is evenzeer herroepen door een later gezamenlijk (met de andere ouder) gedane verklaring in de zin van artikel 392, tweede lid B.W. (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1473, nr. 81).

144 Hoewel dit meestal het geval zal zijn, moet de herroeping niet noodzakelijk gepaard gaan met een nieuwe ouderlijke aanwijzing.

C. GEZAMENLIJKE AANWIJZING DOOR BEIDE OUDERS

145 Anders dan vroeger, bestaat thans de mogelijkheid voor beide ouders om gezamenlijk een voogd aan te wijzen. De wetgever van 29 april 2001 voerde deze bijkomende mogelijkheid in, naast de blijvende mogelijkheid voor (in beginsel) elke ouder om, ook bij een gezamenlijke gezagsuitoefening, afzonderlijk een voogd aan te wijzen.

146 De gezamenlijke aanwijzing kan voor elke hypothese waarin de voogdij ontstaat (art. 389 B.W.). Het geviseerde geval is dat van het gelijktijdig overlijden van beide ouders (bv. n.a.v. een gezamenlijke vliegreis zonder de kinderen; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, *t.a.p.*, p. 2068, nr. 620; H. CASMAN, *t.a.p.*, 216-217). Niets belet evenwel de ouderlijke aanwijzing (mede) te laten slaan op de hypothese van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen.

1. Vormen

147 De gezamenlijke aanwijzing kan (uiteraard) niet bij testament gebeuren: dat zou een verboden conjunctief testament betreffen (art. 968 B.W.; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 15, nr. 7).

Zij kan wel bij verklaring hetzij voor de vrederechter hetzij voor een notaris.

Volgens de oorspronkelijke ontwerptekst was een gezamenlijke verklaring enkel mogelijk voor de vrederechter. Het was echter onlogisch de afzonderlijke aanwijzing bij verklaring voor de vrederechter of voor een notaris toe te laten maar de gezamenlijke aanwijzing enkel bij verklaring voor de vrederechter. In de Senaat is het gebrek aan parallellisme rechtgezet (*Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 25-26).

Naar analogie met de afzonderlijke aanwijzing (art. 392, eerste lid B.W.), kan de gezamenlijke aanwijzing enkel voor de vrederechter van de woonplaats (in de zin van art. 102 B.W.) van (een van) beide ouders (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 15, nr. 7, voetnoot 36; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 144, nr. 17).

Verder kunnen beide ouders zich gezamenlijk tot een notaris naar keuze wenden. Die maakt een gewone notariële akte op (art. 20 van de Wet op het notarisambt) in minuut. Noch getuigen noch een tweede notaris zijn vereist.

Zoals in beginsel van elke andere notariële akte moet de registratie gebeuren binnen vijftien dagen na het verlijden van de bedoelde verklaring (art. 32, *sub* 1° van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten). Het vast recht van 25 EUR is verschuldigd (Parlementaire vraag nr. 2-1448 van 25 juli 2001 en antwoord, *T. Not.* 2002, 125).

Hoewel de wetgever geen specifiek notarieel ereloon bepaalt (en het zodoende een niet-getarifeerde akte betreft in de zin van de art. 2-4 van de Wet van 31 augustus 1891 “houdende tarificatie en invordering van de honoraria der notarissen”), kunnen de notarissen zich (ook hier) richten naar het wettelijke tarief inzake het authentieke of notariële testament (art. 17-77, *sub* 1 van het K.B. van 16 december 1950 “houdende het tarief van de honoraria der notarissen”).

De notariële akte betreft een “speciale akte”: zij kan enkel de ouderlijke aanwijzing bevatten. In diezelfde optiek is het uit den boze om de ouderlijke aanwijzing op te nemen in een andere notariële akte, zoals een (wijzigend) huwelijkscontract, een aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomst of een samenlevingscontract.

2. *Gezamenlijk handelen van beide ouders*

148 Artikel 392, tweede lid B.W. stelt een “gezamenlijk handelen” voorop. Beide ouders dienen dus op hetzelfde tijdstip en op dezelfde plaats te verschijnen. Het vereiste kan niet worden omzeild met een volmacht: het gaat om een (strikt) persoonlijk recht van de ouders, die dan ook allebei in persoon moeten verschijnen (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 32, nr. 39).

149 Vereist is enkel dat beide ouders titularis zijn van het ouderlijk gezag. Dit is niet het geval wanneer een van hen uit het ouderlijk gezag is ontzet, laat

staan wanneer zij allebei uit het ouderlijk gezag zijn ontzet (art. 32-35 van de Jeugdbeschermingswet van 8 april 1965).

Minderjarig ouderschap is geen beletsel.

De al dan niet gezamenlijke dan wel exclusieve gezagsuitoefening is van geen tel, evenmin de onderlinge verhouding: al dan niet gehuwd, al dan niet feitelijk, van tafel en bed of uit de echt gescheiden, desnoods hertrouwd.

(Gewoon) adoptieve ouders kunnen een gezamenlijke verklaring afleggen.

Ook de ouders van een (gebeurlijk kalendermeerderjarige) verlengd minderjarige kunnen een voogd kiezen, tenzij hun ouderlijk gezag is vervangen door voogdij overeenkomstig artikel 487^{quater} B.W.

150 Wanneer in een internationaal gekleurde casus de wet van het kind (art. 35 Wetboek van internationaal privaatrecht) in de mogelijkheid van een door de ouder(s) opgedragen voogdij voorziet en dit in België plaatsvindt (inz. nu de ouders alhier hun woonplaats hebben), is de in artikel 392, tweede lid B.W. bedoelde gezamenlijke verklaring mogelijk: *locus regit actum* (C. DE BUSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 32-33, nr. 40).

151 Het kind of de kinderen waarvoor de ouders (gezamenlijk) de voogdij willen opdragen, moet(en) uiteraard gemeenschappelijk zijn aan beide ouders.

Wat dus niet kan, is de gezamenlijke verklaring van twee ouders die elk voor hun eigen kind (uit een vorige relatie) de voogdij (eventueel aan elkaar) willen opdragen. Deze ouders moeten dit bij afzonderlijke aanwijzing doen, nu het in artikel 392, tweede lid B.W. bepaalde niet voor hen is bedoeld.

Wat evenmin kan, is de gezamenlijke verklaring van twee ouders die zou slaan niet alleen op hun gemeenschappelijke kinderen maar tegelijk op kinderen uit een andere relatie van een van beide ouders. Wat die laatst vermelde kinderen betreft, moet de bedoelde ouder zijn toevlucht nemen tot een afzonderlijke aanwijzing. Een gezamenlijke verklaring kan dan weer wel indien de nieuwe partner de kinderen uit de eerdere relatie van de bedoelde ouder (gewoon) adopteert.

Hoe verleidelijk het ook mag zijn om in één en dezelfde akte tegelijk toepassing te maken van het eerste lid (m.b.t. het kind of de kinderen van een van beide ouders) en van het tweede lid van artikel 392 B.W. (m.b.t. de gemeenschappelijke kinderen van beide ouders), al was het om kosten te besparen, toch wordt het procédé afgeraden "omwille van het geheim van de keuze van een voogd zolang de voogdij niet ontstaat": het zou bijvoorbeeld niet opgaan dat, naar aanleiding van het overlijden van een hertrouwde vader-weduwnaar en het ontstaan van de voogdij voor de minderjarige kinderen uit zijn eerste huwelijk, men kennis zou nemen van een akte die niet alleen de afzonderlijke

aanwijzing van een voogd voor deze kinderen zou bevatten maar ook de gezamenlijke aanwijzing van een voogd voor de kinderen uit zijn tweede huwelijk. Voor deze laatsten ontstaat de voogdij niet ingevolge het overlijden van de vader-weduwenaar, nu diens tweede echtgenote, moeder van de bedoelde kinderen, nog in leven is. De bij een en ander passende discretie gebiedt inderdaad te vermijden dat een akte wordt opgemaakt door de vrederechter of door een notaris die een dubbele (tegelijk een afzonderlijke en een gezamenlijke) aanwijzing bevat, gelet op de verschillende kinderen waarop ze betrekking hebben en dus gelet op de verschillende tijdstippen waarop de voogdij ontstaat (C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 34, nr. 41).

152 Dat de verklaring desnoods (ten tijde van de verklaring) ongebornen en zelfs niet-verwekte kinderen betreft, mag geen probleem zijn.

Vgl.: C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 33, nr. 40.

3. *Gezamenlijk wijzigen van de eerdere aanwijzing*

153 Luidens de tweede zin van artikel 392, tweede lid B.W. kunnen de ouders hun keuze op ieder ogenblik wijzigen door het doen van een nieuwe verklaring. Desnoods beperken zij zich tot de eenvoudige herroeping (zonder aanwijzing van een nieuwe voogd; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 15, nr. 7, voetnoot 37). De wetgever vereist niet het minste tijdsverloop tussen de gezamenlijke aanwijzing en de wijziging (of herroeping). De ouders moeten wel (opnieuw) gezamenlijk handelen en meer bepaald op hetzelfde tijdstip en op dezelfde plaats verschijnen. Een volmacht is uitgesloten. Een specifieke reden moet niet worden opgegeven, zij het dat het belang van het kind (alweer) centraal staat.

154 Anders dan de afzonderlijke herroeping van een afzonderlijke aanwijzing, moet de gezamenlijke wijziging of herroeping gebeuren in dezelfde vorm als deze waarin de gewijzigde of herroepen aanwijzing heeft plaatsgevonden.

Evenals de afzonderlijke herroeping van een afzonderlijke aanwijzing (of van een gezamenlijke aanwijzing), moet de gezamenlijke wijziging of herroeping voor de vrederechter steeds gebeuren voor dezelfde vrederechter, ook wanneer de bedoelde ouders tussen de aanwijzing en de herroeping van woonplaats wijzigden. Daarentegen moet de bij verklaring voor een notaris opgedragen voogdij niet worden herroepen voor dezelfde notaris: hoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, moet in voorkomend geval de notaris die de herroeping heeft ontvangen, zijn confrater op de hoogte stellen, zodat deze laatste van de wijziging of herroeping melding kan maken op de gewijzigde of herroepen akte. Let wel: nu strikt gezien een wettelijke grondslag ontbreekt (zoals art. 392, vierde lid B.W. m.b.t. de eenzijdige herroeping van de gezamenlijke aanwijzing), doet de notaris er best aan zich in te dekken met het akkoord van de bedoelde ouders, gelet op de (strengere) principes van artikel 23 van de Wet op het notarisambt inzake de mededeling van notariële akten (C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 35, nr. 43). De notaris die de oorspronke-

lijke verklaring opnam en dergelijk bericht van wijziging of herroeping ontvangt, bewaart dit bij de oorspronkelijke verklaring, zodat die niet meer verkeerdelijk kan worden aangewend.

4. Eenzijdige herroeping van de gezamenlijke aanwijzing

155 Krachtens artikel 392, derde lid B.W., blijft de gezamenlijke verklaring geldig na het overlijden van een van beide ouders, zolang de overlevende ouder ze niet heeft herroepen of geen voogd heeft aangewezen overeenkomstig artikel 392, eerste lid B.W.

156 Elk van de ouders kan de gezamenlijke aanwijzing herroepen, ook wanneer zij allebei nog in leven zijn (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 16, nr. 7). Hoewel dit ten tijde van de parlementaire voorbereiding was voorgesteld, vereist de wetgever niet dat de ouders, om te kunnen herroepen, (feitelijk, van tafel en bed of uit de echt) zouden gescheiden zijn (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1474-1475, nr. 81).

Waar men in de Kamer(commissie) voorstelde om de herroeping mogelijk te maken na echtscheiding of feitelijke scheiding van de ouders (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/006, p. 3*), heeft men die beperking in de Senaat van de hand gedaan: "Er valt niet in te zien waarom een gezamenlijke ouderlijke aanwijzing door één ouder enkel zou mogen worden herroepen na echtscheiding en na feitelijke scheiding. Als de ouders nog samenleven, maar één van hen in ruzie ligt met de aangewezen voogd (b.v. uit de andere tak van de familie), waarom zou die ouder dan eerst feitelijk gescheiden moeten gaan leven om de aanwijzing van deze voogd te kunnen herroepen?" (*Parl. St. Senaat 2000-01, 2-509/2, p. 3; Parl. St. Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 26*).

157 Anders dan de afzonderlijke herroeping van een afzonderlijke aanwijzing, moet de afzonderlijke herroeping van een gezamenlijke aanwijzing gebeuren in dezelfde vorm als deze waarin de herroepen aanwijzing heeft plaatsgevonden.

Evenals de afzonderlijke herroeping van een afzonderlijke aanwijzing en de gezamenlijke wijziging of herroeping van een gezamenlijke aanwijzing, moet de afzonderlijke herroeping van een gezamenlijke aanwijzing voor de vrede-rechter steeds gebeuren voor dezelfde vrederechter, ook wanneer de bedoelde ouder tussen de aanwijzing en de herroeping van woonplaats wijzigde. Daarentegen moet de bij verklaring voor een notaris opgedragen voogdij niet worden herroepen voor dezelfde notaris. Dit laatste bepaalt de wetgever uitdrukkelijk in artikel 392, vierde lid B.W.: wanneer de verklaring is afgelegd voor een notaris, geschiedt de herroeping voor dezelfde notaris of voor een andere notaris, die de notaris die de verklaring heeft ontvangen hiervan op de hoogte moet brengen. Die maakt dan melding van de herroeping op de verklaring. De wetgever preciseert hierbij niet op welke wijze de mededeling moet gebeuren. De notaris die tot mededeling is verplicht, doet er best aan zich een bewijs te verschaffen: een aangetekende zending met ontvangstbewijs of de terhandstelling tegen ontvangstbewijs zijn dus dienend.

DE BUSSCHERE preciseert dat de bedoelde mededeling technisch gezien geen uittreksel (uit de notariële akte van herroeping) betreft, zodat het niet op gezegeld papier moet worden opgenomen en desgevallend mag plaatsgrijpen vóór de registratie van de notariële akte van herroeping (C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 36, nr. 45). Noch artikel 4, tweede lid van het Wetboek der zegelrechten noch de artikelen 171-172 van Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten zijn dus van toepassing.

Voorts rijst de vraag of de notaris die van de herroeping melding maakt op de eertijds door hem verleden verklaring, hiervoor een ereloon kan vragen. Volgens DEMBLON is dit blijkbaar niet het geval (J. DEMBLON, "Honoraires", in *Répertoire notarial*, XI, *Droit notarial*, VIII, Brussel, Larcier, 1995, p. 189-190, nr. 166).

D. KEUZEVRIJHEID VAN DE OUDERS

158 In beginsel kiezen de ouders volledige vrij de persoon aan wie zij de voogdij willen opdragen. Anders dan voor de door de vrederechter opgedragen voogdij (art. 393 B.W.), drukt de wetgever geen voorkeur uit voor de naaste familieleden. Het kan dus evengoed om een niet-familie lid gaan, zelfs ingeval er nog grootouders in leven zijn en zij de voogdij willen opnemen (*R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Puissance paternelle – autorité parentale*, *t.a.p.*, p. 639, nr. 177; J. VAN ASSCHE, *a.w.*, II, 319; zie, wat de grootouders betreft, wel: art. 375*bis* B.W.). De alsmar vaker voorkomende toepassing lijkt die waarbij de ene homoseksuele ouder de mee-ouder aanwijst (N. MASSAGER, "L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel", *J.T.* 1998, 733). De aangewezen voogd mag ook gerust een vreemdeling zijn (Brussel 25 april 1887, *Pas.* 1887, II, 221; *Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle testamentaire*, *t.a.p.*, 408, nr. 27). Wanneer de ouders verscheidene voogdijen opdragen (over meerdere kinderen), moeten zij niet noodzakelijk een en dezelfde persoon aanwijzen.

Uiteraard moet het belang van het kind centraal staan.

Het spreekt verder voor zich dat de andere ouder het keuzerecht van de ene ouder niet kan beperken, ook niet in een huwelijkscontract of een samenlevingscontract (*Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle testamentaire*, *t.a.p.*, 405, nr. 9). In die optiek verbieden de artikelen 1388 en 1478, vierde lid B.W. trouwens in te gaan tegen de regels inzake de voogdij.

159 De enige grens ligt dus in artikel 397 B.W. inzake de onbekwaamheid en artikel 398 B.W. inzake de uitsluiting en ontzetting. Spildatum hierbij is niet deze waarop de voogdij ontstaat maar wel deze van de rechterlijke homologatie in de zin van artikel 392, vijfde lid B.W. Alsdan evalucert de vrederechter de bedoelde aanwijzing in het licht van de (alsdan geldende) omstandigheden.

Een (ten tijde van de rechterlijke homologatie nog steeds) minderjarige voogd is uitgesloten.

Een rechtspersoon kan evenmin als voogd fungeren.

160 De ouders kunnen enkel een voogd kiezen voor het geval de voogdij ontstaat (art. 389 B.W.), niet voor het geval de voogdij openvalt (ingevolge het overlijden, het ontslag of de ontzetting van de voogd in functie). Ze kunnen met andere woorden geen successieve voogden aanwijzen om aldus te voorzien in de hypothese dat de voogdij eindigt vooraleer de pupil meerderjarig is. Hoewel betreuenswaardig, vloeit dit voort uit de duidelijke wettekst van artikel 401 B.W.: indien er grond bestaat om de voogd te vervangen, benoemt de vrederechter een nieuwe voogd overeenkomstig artikel 393 B.W. Uiteraard houdt de vrederechter rekening met de in voorkomend geval door de ouders te kennen gegeven wensen.

Zie ook: C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 38-39, nr. 48.

Zie nochtans vóór de Wet van 29 april 2001: Chr. DE WULF en H. DE DECKER, *Opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, p. 374-375, nr. 322; J. VAN ASSCHE, *a.w.*, II, 320; A. SCHICKS en A. VANISTERBEEK, *Traité-formulaire de la pratique notariale – Le droit civil: théorie et pratique*, II, Brussel/Leuven, Revue Pratique du Notariat Belge/Fonteyn Louvain, 1925, p. 271-272, nr. 77.

Zie voor een toepassing wat de ontzetting van een testamentaire voogd betreft: Rb. Marche-en-Famenne 4 juni 1948, *T.Vred.* 1948, 321.

Daarentegen kunnen ouders wel een subsidiaire voogd aanwijzen en met name een voogd voor het geval de eerst aangewezen voogd niet (meer) beschikbaar is bij het ontstaan van de voogdij (ingevolge overlijden, onbekwaamheid of uitsluiting; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 432, nr. 357). De eerst aangewezen voogd kan trouwens ook de voogdijopdracht weigeren (vgl. nog: J.-F. TAYMANS en L. DEHOUCK, "Les testaments – formulaire commenté", in *Répertoire notarial*, III, *Successions, Donations et testaments, Liquidation et partage de communauté et succession*, VIII, Brussel, Larcier, 1989, p. 113, model nr. 97).

161 Kan de ouderlijke aanwijzing met een tijdsbepaling of onder een (ontbindende) voorwaarde gebeuren? Bij gebrek aan wettelijke precisie, zou enkel het belang van het kind dergelijke modaliteit kunnen verantwoorden. Overeenkomstig artikel 392, vijfde lid B.W. toetst de vrederechter of het (wellicht zeer uitzonderlijk) aanvaardbaar lijkt om de voogdij na verloop van tijd dan wel na vervulling van de voorwaarde te laten ophouden.

Zie: A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 609, nr. 676; *Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle testamentaire*, *t.a.p.*, 409-410, nrs. 39-41; *R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, Tutelle, Emancipation*, *t.a.p.*, p. 253, nr. 348.

Vgl.: J. VAN ASSCHE, *a.w.*, II, 320, die de bedoelde mogelijkheid voorstaat (*qui peut le plus, peut le moins*).

Vgl. ook: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 432, nr. 357; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, IV, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 484, nr. 370. Zij achten het precaire karakter van dergelijke voogdij onverenigbaar met de aard ervan.

162 Kunnen de ouders de voogdij splitsen in de zin van artikel 395 § 1, eerste lid B.W.?

Hoewel de wettekst enkel voor de vrederechter in deze mogelijkheid voorziet, is geen reden denkbaar waarom ze de ouders zou moeten worden ontnomen. Nergens blijkt dat de wetgever de splitsing van de door de ouder(s) opgedragen voogdij wou uitsluiten. Bovendien zij aangestipt dat artikel 395 B.W. zonder meer wordt geëxtrapoleerd naar artikel 402 B.W., zodat de vrederechter “bij elke voogdij” voor een gesplitste toeziende voogdij kan opteren. Deze extrapolatie heeft geen nut indien de ouders niet voor een gesplitste voogdij kunnen opteren.

Zie: C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 46-48, nrs. 58-60.
Vgl.: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 146, nr. 19.

Evenmin is het uitgesloten om, zij het uitzonderlijk, meerdere voogden met dezelfde, concurrerende bevoegdheden te benoemen.

Naarmate zij voor meer complexe situaties opteren, verhogen de ouders uiteraard het risico dat de vrederechter niet homologeert. Wanneer de vrederechter oordeelt dat, gelet op de concrete omstandigheden, een en ander niet strookt met het belang van het kind, weigert hij de gevraagde homologatie.

163 De ouders kunnen, telkens met het belang van het kind voor ogen, aanwijzingen geven omtrent de gezondheid, de opvoeding, de opleiding, de ontspanning en over de te maken godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes.

Zie ook: H. CASMAN, *t.a.p.*, 218; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 25, nr. 16.

164 De ouders mogen een voogd aanwijzen, maar niet ingrijpen in de organisatie van de voogdij (Cass. 13 maart 1841, *Pas.* 1841, I, 199; G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, p. 872, nr. 1402). De ouders kunnen evenmin knagen aan de wettelijke rechten en verplichtingen van de (toeziende) voogd, evenmin de bestuursbevoegdheden beperken of uitbreiden, zo bijvoorbeeld bepaalde handelingen van het in artikel 410 B.W. bedoelde machtigingsvereiste uitsluiten of er bijkomend aan onderwerpen. Zo kunnen zij de waarborgverplichting niet terzijde schuiven (J. BYTTEBIER, “De wettelijke hypotheek volgens de nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2002, p. 159, nr. 6), evenmin de aangewezen voogd vrijstellen van de verplichting tot boedelbeschrijving (art. 406 B.W.) of van de verantwoordingsverplichting (art. 413-420 B.W.; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1301, nr. 1422; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XI, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe & Comp./Durand & Pedone Lauriel, 1874, p. 591-592, nr. 452; *Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle testamentaire*, *t.a.p.*, 410, nr. 43). De ouders kunnen immers geen voogdij *sui generis* op touw zetten.

In diezelfde optiek is het onmogelijk de vrederechterlijke homologatiebevoegdheid te beperken (art. 392, vijfde lid B.W.), bijvoorbeeld door hoe dan ook bepaalde personen als mogelijke (toezienende) voogd uit te sluiten. De vrederechter behoudt zijn wettelijke bevoegdheid ten volle, zij het dat hij zich steeds laat leiden door het belang van het kind en de gebeurlijk in die optiek door de ouders gegeven hints. Artikel 392 B.W. beoogt dus een positieve keuze maar geen negatieve uitsluiting (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 53-54, nr. 68).

E. COMMUNICATIE

165 Hoe zal de vrederechter, bevoegd voor de inrichting van de voogdij, op de hoogte worden gesteld van het bestaan van een door de ouder(s) opgedragen voogdij?

Als de aanwijzing van een “testamentaire” voogd geschiedt bij de notaris bij testament, dan is er geen probleem: via het Centraal Register der Testamenten (C.R.T., bijgehouden door de Federatie van de Belgische Notarissen) zal men het bestaan van dit testament kennen. Hetzelfde geldt voor het bij de notaris in depot gegeven eigenhandige testament. De krachtens artikel 4 van het Verdrag van 16 mei 1972 “inzake de vaststelling van een stelsel van registratie van testamenten” (goedgekeurd bij Wet van 13 januari 1977, *B.S.* 6 mei 1997, *T. Not.* 1977, 186) verplichte inschrijving van testamenten speelt immers ook voor de testamenten waarbij de ouders een voogd aanwijzen. Voor de eigenhandige testamenten kan die gebeuren ten laatste op het ogenblik van het opmaken van het in artikel 976 B.W. bedoelde proces-verbaal.

Eenzelfde centralisatie kan gebeuren voor de verklaringen afgelegd voor de vrederechter en voor een notaris. Strikt gezien, is er geen verplichting tot inschrijving van een voor de vrederechter of voor een notaris gedane verklaring tot aanwijzing van een voogd: artikel 11 van het vermelde verdrag betreft enkel akten die een weerslag zouden kunnen hebben op de devolutie van de nalatenschap (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet – Een eerste toelichting ten behoeve van het notariaat”, in K.F.B.N. (ed.), *Vormingsavonden – Recente wetgeving*, Antwerpen, 2001, 11, voetnoot 34; C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 55, nr. 70, voetnoot 2). Niettemin aanvaardt de praktijk de spontane inschrijving van elk te dien einde medegedeeld geschrift: elke vraag tot inschrijving in het Centraal Register der Testamenten krijgt een gunstig gevolg (G. VAN DER BEEK, “Du registre central des testaments”, *Rev. not. b.* 1980, 126). In die optiek is het warm aanbevolen elke ouderlijke aanwijzing ter inschrijving mede te delen, evenals elke wijziging of herroeping (vgl.: M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1475, nr. 82). De vrederechter, bevoegd voor de inrichting van de voogdij, is trouwens niet noodzakelijk diegene voor wie in voorkomend geval de bedoelde verklaring is afgelegd.

Hierbij zij nog opgemerkt dat de akte van gezamenlijke aanwijzing door beide ouders in de zin van artikel 392, tweede lid B.W. een dubbele inschrijving vergt: een op naam van elke ouder. Hetzelfde geldt voor de gezamenlijke wijziging of herroeping van een eerdere aanwijzing.

F. VREDERECHTERLIJKE HOMOLOGATIE

1. *Preventieve controle*

166 Indien de persoon die overeenkomstig artikel 392, eerste en tweede lid B.W. is aangewezen, de voogdij aanvaardt, homologeert de vrederechter de aanwijzing, tenzij ernstige redenen met betrekking tot het belang van het kind, die nauwkeurig zijn omschreven in de gronden van de beschikking, uitsluiten dat de keuze van beide ouders of een van hen wordt gevolgd (art. 392, vijfde lid B.W.). De door de ouder(s) opgedragen voogdij heeft dus geen onmiddellijke uitwerking: zij hangt af van het vrederechterlijke *fiat*. Anders dan voorheen, opteert de wetgever duidelijk voor een preventieve toets in het hogere belang van het kind (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 35; *Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 36-37; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 143, nr. 16; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1475-1476, nr. 83; E. VIEUJEAN, “La nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage du notariat*, XXXIV, Brussel, Larcier, 2001, p. 405-406, nr. 9). Op die manier wenst men de gebeurlijk onherstelbare gevolgen die met een controle *a posteriori* gepaard gaan, te vermijden: zo bijvoorbeeld het overbrengen van het kind naar het buitenland.

DE BUSSCHERE benadrukt het nut van de preventieve controle, onder andere wanneer een voogd wordt gekozen die in het buitenland woont: “Aldus kan men zich voorstellen dat, in een bepaald concreet geval, de vrederechter de keuze weigert te homologeren, wanneer de aangewezen persoon in een ander land woont dan het land waar de pupil reeds verscheidene jaren opgroeide en geïntegreerd is en deze persoon niet bereid is te verhuizen naar het land waar de pupil woont maar eerder zou eisen dat de pupil verhuist naar het land waar de gekozen voogd woont” (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 42-43, nr. 53-54). In andere gevallen kan de vrederechter stuiten op overmatig alcoholgebruik, desnoods druggebruik. De private samenlevingsvorm van de aangewezen voogd kan evenzeer in rekening worden gebracht, het al dan niet samenleven met een persoon van hetzelfde of het andere geslacht en vooral de zienswijze van de bedoelde partner. De vrederechter moet zich ook hoeden voor groeperingen, gebeurlijk sekten.

167 Artikel 391 B.W. is integraal van toepassing inzake de door de ouder(s) opgedragen voogdij. Hangende de homologatieprocedure kan de vrederechter de dringende maatregelen treffen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de persoon van de pupil en voor de bewaring van zijn goederen. De rechterlijke homologatie maakt geen einde aan deze maatregelen: zij vervallen slechts indien de vrederechter ze intrekt of indien de eventueel door hem voorgeschreven termijn verstrijkt (art. 391, tweede lid B.W.).

2. *Marginale controle*

168 De vrederechter toetst slechts marginaal: enkel “ernstige redenen met betrekking tot het belang van het kind” kunnen de homologatie beletten. Hij

houdt hierbij rekening met alle concrete omstandigheden, zoals de leefgewoonten, de leeftijd (vgl.: oud art. 433 B.W.), de gezondheidstoestand (oud art. 434 B.W.), de woon- en/of verblijfplaats en het beroep (oude art. 427-431 B.W.) van de aangewezen voogd. Ook het aantal reeds waargenomen voogdijen (vgl.: oud art. 435 B.W.) en/of het aantal kinderen waarvoor hij de zorg draagt, zijn van belang (vgl.: oud art. 436 B.W.). Verder spelen ook de onderlinge verhouding tussen de aangewezen voogd en de pupil een rol, alsook de eventuele wens van de verschillende wezen om bij elkaar te blijven.

Ter illustratie zij verwezen naar een beschikking van de Vrederechter te Nijvel van 10 juni 2003 (inzake met A.R. nr. 03.B7853, *onuitg.*). Enkele dagen vóór haar overlijden wijst een enige moeder testamentair haar eigen moeder aan als voogd over haar kind. Familiale spanningen maken echter dat het kind, na het overlijden van de enige ouder, enkele maanden bij een vertrouwenspersoon woont. Zowel de aangewezen grootmoeder als de vertrouwenspersoon zijn bereid de voogdij op te nemen. De pupil kiest duidelijk voor de vertrouwenspersoon. De vrederechter overweegt “que même si l’avis du mineur n’est bien évidemment pas à lui seul un élément déterminant, il est bien évidemment extrêmement important et ne peut être balayé d’un revers de main”, “que cela est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce la mineure apparaît comme extrêmement consciente des problèmes, réfléchie et faisant preuve d’une grande maturité”, “que lors de son audition, de manière très ouverte et spontanée et sans manifestement avoir été influencée ou manipulée par quiconque, la mineure a, à plusieurs reprises, manifesté son souhait de voir désigner en qualité de tuteur monsieur G. chez qui elle vit depuis maintenant sept mois et qui, selon elle, l’a fortement aidée dans les périodes difficiles qu’elle a traversées et qui, la considérant comme sa fille, lui apporte le soutien et le réconfort dont elle a besoin”. Waar de verhouding met de grootmoeder wat meer voeten in de aarde heeft en het vertrouwen in zekere zin zoek is (hopelijk slechts tijdelijk), beslist de vrederechter om, afwijkend van de ouderlijke aanwijzing, de vertrouwenspersoon als voogd aan te duiden en de grootmoeder als toeziende voogd: “dans l’état actuel de la situation, au vu de la position tranchée adoptée par la mineure, il paraît illusoire voire dangereux de vouloir d’autorité imposer à celle-ci une tutelle dont elle ne veut absolument pas; pareille décision aurait probablement des effets contraires à ce qui est souhaité et risquerait très certainement d’entraîner un blocage encore plus important” (Vred. Nijvel 10 juni 2003, inzake met A.R. nr. 03.B7853, *onuitg.*).

De bedoelde marginale controle maakt dat de ouders er kunnen van uitgaan dat hun aanwijzing in de regel uitwerking zal krijgen.

Zoals (ten overvloede) door de wetgever aangestipt, draagt de vrederechter bijzondere zorg bij de motivering van een gebeurlijke weigeringsbeslissing.

De vrederechter toetst enkel de aanwijzing *in se*, niet de ganse akte waarin de aanwijzing is opgenomen. De homologatie kan dus geenszins slaan op bijhorende modaliteiten, laat staan onwettelijke rechten en verplichtingen die de ouders hun voogd willen toemeten. Zoals gezegd, mogen de ouders een voogd aanwijzen, maar niet ingrijpen in de organisatie van de voogdij. Van de andere kant kan de vrederechter de homologatie niet weigeren (enkel) omdat de aanwijzing is omgeven met onwettelijke toevoegingen.

3. Procedure

169 Oorspronkelijk wenste de wetgever van 29 april 2001 te voorzien in een eigen procedure, maar hij is er van afgestapt.

Het voorstel luidde: "In de gevallen bedoeld in artikel 392 B.W. homologeert de rechter indien nodig de aanwijzing van de voogd na de minderjarige die de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, te hebben gehoord en na de toestemming van de aangewezen persoon te hebben verkregen. Tegen de beschikking tot homologatie kan geen enkel rechtsmiddel worden aangewend" (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 123-124; Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 62-63*).

De procedure verloopt dan ook overeenkomstig de artikelen 1232 en 1233 Ger.W. en de aldaar opgenomen verwijzing naar de artikelen 1026 tot 1034 Ger.W. De inleiding en behandeling gebeurt (in raadkamer) op (in tweevoud overgemaakt) eenzijdig verzoekschrift (met inventaris; zie ook: art. 594, *sub* 6° Ger.W.). De wetgever preciseert niet wie de zaak initieert. Uiteraard kan de aangewezen voogd, eens hij op de hoogte is, het initiatief nemen. Ook het parket moet kunnen ageren en desnoods de vrederechter ambtshalve, eens hij op de hoogte is gebracht door om het even wie, eventueel door de notaris (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 16, nr. 7, voetnoot 39).

170 Territoriaal bevoegd is de vrederechter van de woonplaats van de pupil (in de zin van art. 36 Ger.W.) of, bij gebrek daarvan, de vrederechter van zijn verblijfplaats (art. 390, eerste lid B.W. en 627, *sub* 1° Ger.W.). De enige uitzondering ligt vervat in artikel 13 § 2 van de Wet van 31 december 1851 "met betrekking tot de consulaten en de consulaire rechtsmacht": in geval van het ontstaan van een voogdij over een in een vreemd land verblijvende minderjarige Belg, komt de organisatie van en het toezicht over deze voogdij toe aan de Vrederechter van het eerste kanton te Brussel.

171 Indien de minderjarige twaalf jaar oud is, wordt hij door de vrederechter gehoord vooraleer deze de ouderlijke aanwijzing al dan niet homologeert (art. 394, eerste lid B.W.; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 16, nr. 7). Uiteraard staat het de vrederechter vrij een jongere pupil te horen (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 63*). Het gaat om een "hoorverplichting" voor de vrederechter, niet om een vetorecht van de pupil: zijn gebrek aan instemming met de ouderlijke aanwijzing is, in voorkomend geval, als dusdanig geen beletsel voor de homologatie. De vrederechter hoort eveneens de grootouders, de meerderjarige broers en zussen en de broers en zussen van de ouders van de pupil; minstens doet de vrederechter ze oproepen (art. 394, tweede lid B.W.). Verder hoort de vrederechter eenieder wiens mening hij nuttig acht (art. 394, derde lid B.W.). De ouders kunnen hier echter geen dwingende impulsen geven (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 35*). De oproepingen gebeuren bij gerechtsbrief (art. 394, vijfde lid B.W.).

De vermelde hoorverplichting kadert binnen de preventieve vrederechterlijke controle. De raadpleging van de vermelde naaste familie is enkel doeltreffend wanneer zij gebeurt vooraleer eventueel tot homologatie wordt besloten.

172 De door de ouder(s) opgedragen voogdij heeft geen verplicht karakter, evenmin als de door de vrederechter opgedragen (toezienende) voogdij (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 16, nr. 7; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1476, nr. 84). De aangewezen persoon kan dus weigeren. Best voorziet de vrederechter

in een korte bedenkingstermijn gelet op de concrete omstandigheden (C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 49, nr. 62).

De vrederechter moet zich van de bereidheid van de aangewezen persoon verzekeren. De homologatie is slechts mogelijk indien deze laatste zijn opdracht aanvaardt. Deze aanvaarding kan ten vroegste wanneer de voogdij ontstaat; voordien, bijvoorbeeld in het raam van de verklaring voor de vrederechter, is zij nutteloos en waardeloos (gelet op het wezenlijk herroepelijke karakter van de ouderlijke aanwijzing). In voorkomend geval maakt de vrederechter van de aanvaarding uitdrukkelijk melding in zijn beslissing.

De vraag rijst of de ten behoeve van meerdere kinderen aangewezen voogd zijn aanvaarding kan beperken tot een of slechts enkele ervan. DE BUSSCHERE acht een "gedeeltelijke aanvaarding" onmogelijk (C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 50, nr. 64). Mijns inziens komt het ook hier de vrederechter toe de concrete omstandigheden te evalueren: in voorkomend geval homologeert hij (enkel) de opgedragen voogdij die de bedoelde persoon uitdrukkelijk aanvaardt en benoemt hij een (andere) voogd voor de andere voogdijen. Elke voogdij ontstaat immers pupil per pupil en moet dan ook geval per geval worden bekeken, in voorkomend geval in het raam van een in een ruimere context opgedragen voogdij. Het is trouwens best mogelijk dat, op het ogenblik dat de voogdij ontstaat, nog slechts een of enkele van de kinderen minderjarig zijn.

173 Binnen drie dagen na de uitspraak geeft de griffier bij gerechtsbrief kennis van de beschikking aan de verzoeker en aan de tussenkomende partijen (art. 1030, eerste lid Ger.W.). Bij toepassing van artikel 1233 § 1, *sub* 4° Ger.W. komt de beslissing ook ter kennis van het openbaar ministerie. Hoewel de tekst van artikel 1233 § 1, *sub* 5° Ger.W. het enkel heeft over "de beslissing houdende de benoeming van de voogd", moet ook van de homologatie- of weigeringsbeslissing binnen de acht dagen nadien kennis worden gegeven aan de burgemeester van de gemeente waar de minderjarige zijn woonplaats heeft. Behoudens het onzorgvuldige woordgebruik in artikel 1233 § 1, *sub* 5° Ger.W. is er geen enkele indicatie om te dezen een onderscheid te maken.

De homologatie- of weigeringsbeslissing is vrijgesteld van registratie (art. 162, *sub* 42° van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten). Een zegelrecht is evenmin vereist (art. 59-1, *sub* 56° Wetboek van zegelrechten).

Al wie niet de hoedanigheid van verzoeker of tussenkomende partij heeft, kan derdenverzet aantekenen (art. 1033 Ger.W.). Hoger beroep is evenzeer mogelijk bij de rechtbank van eerste aanleg (voor een kamer met drie rechters; art. 1236 Ger.W.). Het moet worden ingesteld binnen een maand na de kennisgeving en bij verzoekschrift in de zin van artikel 1026 Ger.W. (art. 1031 Ger.W.). Bij toepassing van artikel 1118 Ger.W. heeft een eventuele voorziening tot cassatie geen schorsende kracht.

Overeenkomstig artikel 1237 Ger.W. wordt op de griffie van het vrederecht een individueel procesdossier aangelegd, dat in voorkomend geval het verzoekschrift tot homologatie en de er op volgende beslissing (art. 392, vijfde lid B.W.) bevat, zo ook de bijlagen, inzonderheid een uitgifte of kopie van het geschrift van de ouderlijke aanwijzing.

4. Gedeeltelijke homologatie

174 Moet de homologatie betrekking hebben op de ouderlijke aanwijzing zonder meer? Kan de vrederechter met andere woorden de ouderlijke aanwijzing kneden in het belang van het kind?

Omzichtigheid is uiteraard geboden: de ouders hebben hun wil uitgedrukt en mogelijk staat en valt hun aanwijzing met een en ander. Toch geniet de vrederechter een zekere beoordelingsvrijheid, al was het maar omdat het alternatief, en met name de door de vrederechter opgedragen voogdij in de zin van artikel 393 B.W., hem die vrijheid sowieso biedt. Aldus kan de vrederechter desnoods de ouderlijke aanduiding van een voogd homologeren wat betreft één aspect van de voogdij die hij zelf splitst. In diezelfde optiek kan de vrederechter de door de ouder vooropgestelde gesplitste voogdij homologeren wat een van de voogden betreft, terwijl hij voor het andere aspect (bv. het goederenbeheer) zelf een (andere) voogd benoemt. Nog verder kan de vrederechter de ouderlijke aanwijzing met betrekking tot meerdere kinderen homologeren wat betreft een of enkele ervan.

G. GEEN DOOR DE OUDER(S) OPGEDRAGEN TOEZIENDE VOOGDIJ

175 Bij elke voogdij fungeert een toezienende voogd, zo ook bij de door de ouder(s) opgedragen voogdij. Krachtens artikel 402, eerste lid B.W. wordt die ook in dit geval benoemd door de vrederechter. Een door de ouder(s) opgedragen toezienende voogdij bestaat niet: waar de ouders krachtens artikel 392, eerste en tweede lid B.W. een voogd kunnen aanwijzen, slaat dit keuzerecht niet op het aanwijzen van een toezienende voogd (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 23, nr. 13; N. GALLUS, "La nouvelle loi sur la tutelle", *J.T.* 2002, 75; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 146, nr. 19; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 624, nr. 700; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 533-534, nr. 421; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, Brussel, Larcier, 1911, 28, nrs. 20-21; *R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, Tutelle, Emancipation*, *t.a.p.*, p. 283, nr. 644; A. SCHICKS en A. VANISTERBEEK, *a.w.*, II, p. 287-288, nr. 84; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1476, nr. 85). Evenmin kunnen de ouders bepalen dat de aangewezen persoon "zijn" toezienende voogd zelf mag kiezen, laat staan dat hij zijn voogdijopdracht mag waarnemen zonder bijstand van een toezienende voogd.

176 Krachtens de artikelen 395 *juncto* 402, eerste en derde lid B.W. kan de vrederechter de toezienende voogdij splitsen. De vrederechter kan dus, steeds in het belang van de pupil, meerdere toezienende voogden aanstellen, wier op-

dracht, in voorkomend geval, is “gespiegeld” aan de respectieve voogdijopdrachten.

DE BUSSCHERE geeft een voorbeeld. Twee joodse ouders kiezen een testamentaire voogd voor hun minderjarige kinderen voor wie zij wensen dat zij verder in de joodse godsdienst en cultuur worden opgevoed. Na het overlijden van deze ouders homologeert de vrederechter de aanwijzing van de testamentaire voogd (in voorkomend geval een niet-jood). De vrederechter kan van oordeel zijn dat het belang van de minderjarige joodse kinderen vereist dat naast de toezienende voogd voor de goederen van deze pupillen, een specifieke toezienende voogd voor hun persoon wordt aangesteld, bijvoorbeeld een gelovige en praktikerende jood die erop zou toezien dat de voogd daadwerkelijk de kinderen volgens de wensen van hun overleden ouders opvoedt in de geest van de joodse godsdienst, cultuur en tradities (C. DE BUSSCHERE, “Art. 392 B.W.”, *t.a.p.*, p. 51, nr. 65).

H. OUDERLIJKE AANWIJZING KOMT TE LAAT AAN HET LICHT

177 Zoals gezegd, verloopt de communicatie stroef: een behoorlijke centralisatie van de (voor de vrederechter) gedane verklaringen ontbreekt. Eigenaardig genoeg gaat de wetgever aan dit probleem voorbij, terwijl hij tegelijk voorziet in de (weliswaar uitzonderlijke) hypothese dat een akte van ouderlijke aanwijzing wordt ontdekt nadat de vrederechter een (andere) voogd heeft benoemd.

Krachtens artikel 1234 Ger.W. roept de vrederechter alsdan beide voogden op in raadkamer om vervolgens uitspraak te doen. Hierbij heeft de vrederechter twee mogelijkheden: ofwel laat hij de reeds benoemde voogd verder fungeren en weigert hij zodoende de ouderlijke aanwijzing te homologeren, ofwel doet hij het tegenovergestelde en maakt hij zodoende een einde aan de opdracht van de reeds benoemde voogd. Van belang hierbij zijn vooral enerzijds het tijdsverloop tussen het ontstaan van de voogdij en de ontdekking van de ouderlijke aanwijzing en anderzijds de tijd die nog moet verlopen totdat de voogdij eindigt, in de regel ingevolge de meerderjarigheid van de pupil. Des te vlugger de ouderlijke aanwijzing na de benoeming van een voogd door de vrederechter aan het licht komt, des te minder praktische beslommeringen brengt de switch van voogd met zich. Wanneer de door de vrederechter benoemde voogd sedert enige tijd werkzaam is, komt het veeleer aangewezen voor de bestaande situatie te behouden. Voorts heeft het weinig zin om in de bestaande toestand in te grijpen wanneer het einde van de voogdij (de meerderjarigheid van de pupil) nadert.

178 De in artikel 1234 Ger.W. bedoelde hypothese is deze: bij het ontstaan van de voogdij (art. 389 B.W.) had de ouderlijke aanwijzing normalerwijze uitwerking moeten krijgen, maar dit is niet gebeurd omdat de bedoelde akte niet tijdig is ontdekt zodat de vrederechter zelf een voogd heeft benoemd (art. 393 B.W.).

Deze hypothese is te onderscheiden van deze: bij het ontstaan van de voogdij had de (eventueel laattijdig ontdekte) ouderlijke aanwijzing geen uitwerking kunnen krijgen (inz. omdat de ouderlijke aanwijzing enkel was bedoeld voor het geval dat de voogdij zou ontstaan ingevolge het overlijden van de langstlevende dan wel enige ouder, terwijl de voogdij is ontstaan ingevolge diens voortdurende onmogelijkheid om verder het ouderlijk gezag uit te oefenen) en de vrederechter heeft een voogd benoemd. Eenmaal, in dit laatste geval, de voogdij is ontstaan, kan (later) geen gevolg meer worden gegeven aan de door de ouder(s) opgedragen voogdij.

DE BUSSCHERE verduidelijkt dit met een voorbeeld (C. DE BUSSCHERE, "Art. 392 B.W.", *t.a.p.*, p. 51, nr. 65). De afstammingsband van een kind is enkel gevestigd ten aanzien van de moeder. Deze ouder wijst bij testament een (testamentaire) voogd aan. Gelet op de keuze van de vorm van het testament betekent dit noodzakelijk dat deze aanwijzing van een voogd slechts kan gelden voor het geval de voogdij ontstaat naar aanleiding van het overlijden van deze moeder, maar niet naar aanleiding van andere wettelijke gevallen van ontstaan van de voogdij (nog tijdens het leven van de moeder) en bijvoorbeeld niet naar aanleiding van de gerechtelijke vaststelling van haar afwezigheid, de gerechtelijke onbekwaamverklaring of de gerechtelijke vaststelling van haar voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Wanneer deze moeder dan toch tijdens haar leven het voorwerp uitmaakt van dergelijke gerechtelijke maatregel, ontstaat de voogdij (art. 389 B.W.). Nu de testamentaire voogdij te dezen geen uitwerking kan krijgen (omdat de keuze geen betrekking heeft op dit specifieke geval van ontstaan van de voogdij), benoemt de vrederechter een voogd (art. 393 B.W.). Wanneer de moeder tijdens de duur van deze gerechtelijke maatregel en dus tijdens de duur van de door de vrederechter opgedragen voogdij overlijdt, loopt deze door en ontstaat de voogdij niet opnieuw. Dit maakt dat de vermelde ouderlijke aanwijzing (alweer) geen uitwerking kan krijgen: de voogdij was al ontstaan. De vrederechter kan geen toepassing maken van artikel 1234 Ger.W. om, naar aanleiding van het overlijden van de moeder, de eerder door hem benoemde voogd te vervangen door de bij testament aangewezen voogd.

§ 2. Benoeming door de vrederechter

179 Thans benoemt de vrederechter de voogd.

Zie over de aanwijzing door de vrederechter inzake het voorlopig bewind: F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 165-166, nr. 359.

Ook wanneer er sprake is van een overeenkomstig artikel 392 B.W. door de (adoptieve) ouder(s) opgedragen voogdij, heeft de vrederechter het laatste woord en zal hij de bedoelde aanstelling al dan niet "homologeren" (art. 392, vijfde lid B.W.).

Twistpunt is of het keuzerecht ook toekomt aan de gewoon adoptieve ouders.

Vgl. enerzijds: R. UYTENDAELE, "Volle éénouderadoptie", in P. SENAËVE (ed.), *Adoptie en verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1990, p. 139, nr. 173; M. VERRYCKEN,

t.a.p., p. 1476, nr. 85, volgens wie de adoptanten enkel bij volle adoptie over dit keuzerecht beschikken en anderzijds: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 373, nr. 34; F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 17, nr. 30, volgens wie het keuzerecht ook na gewone adoptie speelt.

De door de ouder(s) aangewezen voogd wordt niet van rechtswege voogd.

De wetgever heeft duidelijk niet geopteerd voor het (omgekeerde) systeem waarbij de door de ouder(s) aangewezen voogd dientengevolge “van rechtswege” voogd wordt, behoudens ontzetting (zie nog: *Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 16 en p. 70).

De vrederechter kan marginaal toetsen en in voorkomend geval de homologatie weigeren indien ernstige redenen met betrekking tot het belang van het kind dat rechtvaardigen, zo bijvoorbeeld als de aanduiding in feite de voortzetting is van een vete die in de familie is gerezen (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 26) of als er een te grote belangentegenstelling bestaat tussen de aangewezen persoon en de minderjarige, bijvoorbeeld omdat deze een belangrijke schuldenaar is van de aangewezen persoon of omgekeerd (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 110, nr. 266). Zo hij de homologatie weigert, moet de vrederechter zijn beschikking motiveren met de nauwkeurige opgave van de gronden van de weigering. Hoger beroep is mogelijk.

Indien een akte van ouderlijke aanwijzing van een voogd wordt ontdekt na de benoeming van een andere voogd, roept de vrederechter beide voogden op in raadkamer en doet uitspraak (art. 1234 Ger.W.). Deze laatste hypothese is niet denkbeeldig. Zoals gezegd, is er geen uitgestippelde weg volgens welke de niet voor de vrederechter gedane verklaringen te zijner oren komen (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 17, nr. 32).

De vrederechter neemt de organisatie van en het toezicht op de voogdij op zich (art. 390, eerste lid B.W.): hij is het centrale en tegelijk het belangrijkste orgaan van de voogdij.

Zie: *Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 16, alwaar men preciseert dat “de vaststelling dat de rol van de vrederechter aan belang wint, ook betekent dat hij meer werk zal hebben en meer tijd aan die zaak zal moeten besteden”, om te vervolgen dat “zulks wellicht geen problemen oplevert, omdat, aangezien de voogdij enkel wordt ingericht als geen van beide ouders zich met het minderjarige kind kan bezighouden, het aantal voogdijen aanzienlijk zal dalen”.

180 De afschaffing van de wettelijke voogdij hangt samen met enerzijds het feit dat de langstlevende of enige ouder het ouderlijk gezag blijft uitoefenen (art. 389 B.W.) en anderzijds de invoering van het onverplichte karakter van de (toeziende) voogdijopdracht (art. 396, eerste lid B.W.).

Niettemin blijft nog steeds één geval van wettelijke voogdij voorhanden (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 6-7, nr. 28, die dit als een vergetelheid bestempelen). Krachtens artikel 353-11 B.W. wijst, in geval van adoptie van een onbekwaamverklaarde (meerderjarige), de vrederechter de adoptant aan

als voogd van de geadopteerde (vgl.: het door de wetgever van 29 april 2001 herschreven art. 361 § 4 B.W.). In geval van adoptie door echtgenoten of samenwonenden in de zin van artikel 343 § 1, b B.W., wijst de vrederechter hen aan respectievelijk als voogd en als toeziende voogd. De taak van de vóórdien aangewezen voogd, en in voorkomend geval van de toeziende voogd, eindigt “van rechtswege” op de datum van overschrijving van het beschikkende gedeelte van het (adoptie)vonnis of arrest.

181 Bij gebrek aan een (geldige) ouderlijke keuze van de voogd, “kiest” de vrederechter de voogd, zo ook in het uitzonderlijke geval waarin de vrederechter, met het belang van de pupil voor ogen, de ouderlijke keuze niet kan volgen. Hij doet dit zodra hij kennis heeft van het ontstaan van de voogdij. Ook wanneer de voogdij “openvalt”, wijst de vrederechter een nieuwe voogd aan (art. 401, eerste lid B.W.).

De ouderlijke aanwijzing is een attribuut van het ouderlijk gezag over de persoon van het minderjarige kind (art. 373-375 B.W.; zie voor een overzicht van de verscheidene hypothesen: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 369, nr. 24 en p. 373-377, nrs. 34-46).

Zo de uitoefening van het ouderlijk gezag aan één ouder is opgedragen, komt de bevoegdheid tot aanwijzing enkel hem toe. Dit belet echter niet dat een van beide ouders of de ouder die het gezag niet uitoefent, toch (alleen) een voogd aanwijst. De geldigheid van de verklaring wordt beoordeeld op het ogenblik dat de voogdij ontstaat: als dan blijkt dat de bedoelde ouder degene was die laatst het ouderlijk gezag uitoefende, is de aanwijzing geldig.

In geval van splitsing van de voogdij (art. 395 B.W.), kiest de vrederechter verscheidene voogden.

182 De vrederechter gaat uiteraard niet willekeurig te werk: de wetgever geeft hem enkele richtlijnen (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 217). De uiteindelijke toetssteen voor de benoeming is deze van het belang van de pupil: hierover waakt de vrederechter (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 93-94). De bedoelde voogd moet hoe dan ook geschikt zijn om de minderjarige op te voeden en zijn goederen te beheren. De vrederechter houdt hierbij rekening met de concrete omstandigheden van het voorliggende geval (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 3 en 8): “De voogd wordt gekozen wegens zijn persoon, te weten op grond van zijn bekwaamheid om de voogdij uit te oefenen. Hij moet de rol van de ouders zo goed mogelijk vervullen en hen vervangen in hun opvoedende en verzorgende taak ten aanzien van het kind. Terzake moet hij zorgen voor continuïteit en geen breuk teweegbrengen met de opvoeding die het kind voordien genoot, inzonderheid op het stuk van onderwijs en op godsdienstig en filosofisch vlak” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 21).

183 De vrederechter benoemt bij voorkeur een “naast” familielid.

Zie: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 7, nr. 28, die het betreuren dat de wetgever geen ruimer of ander familieconcept heeft aangehouden en eenvoudigweg heeft verwezen naar “een naaste”; zie ook: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 95.

Hoewel dit niet meteen overeenstemt met de *ratio legis*, belet niets de vrederechter om een eerder professionele gezagvoerder en beheerder, zo ook een advocaat, aan te duiden (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 7, nr. 28).

Om zijn aansprakelijkheid te dekken, sluit de in voorkomend geval aangeduide advocaat best een *extra*-verzekering: de basisverzekering “beroepsaansprakelijkheid” voorziet normalerwijze niet een recht op vergoeding ten behoeve van de aansprakelijke advocaat als voogd *qualitate qua*.

Maar: nu de wetgever nadrukkelijk een (bekwaam) familielid verkiest, geniet deze de voorkeur zonder dat de vraag moet rijzen of er elders, buiten het familiale kader, een “betere” kandidaat zou zijn (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 17, nr. 8).

Het is aangewezen dat de vrederechter, gebeurlijk via zijn griffie, vooraf even polst naar de bereidheid van de kandidaat-voogd: pas nadat de vrederechter zich heeft verzekerd van zijn aanvaarding, kan hij de voogd ook effectief benoemen.

184 Slechts één enkel geval ontsnapt aan de benoemingsbevoegdheid van de vrederechter: krachtens artikel 487*quater*, eerste lid B.W. kan de rechtbank van eerste aanleg, in een geval van verlengde minderjarigheid, op verzoek van de ouder(s) dan wel op vordering van de procureur des Konings, in het belang van de beschermde persoon, gelasten dat het ouderlijk gezag wordt vervangen door de voogdij. Welnu, krachtens artikel 487*quater*, tweede lid B.W., worden, in dat geval, de voogd en de toeziende voogd benoemd door de vermelde rechtbank, waarna van het bedoelde vonnis, tien dagen na de uitspraak, op vordering van het openbaar ministerie aan de territoriaal bevoegde vrederechter kennis wordt gegeven.

De territoriaal bevoegde vrederechter is deze van de woonplaats van de beschermde persoon (art. 390, eerste lid B.W.); vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 4, nr. 15, voetnoot 48.

Het komt dan die vrederechter toe de (vervangende) voogdij verder in te richten en de controle erover uit te oefenen.

Ook wanneer de (aldus vervangende) voogd of de toeziende voogd overlijdt, ontslag indient of vervangen moet worden, komt het niet aan de vrederechter, maar wel aan de rechtbank van eerste aanleg toe om een nieuwe voogd of toeziende voogd te benoemen.

Zie: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1387, nr. 1530; P. SENAËVE, “Een kwart eeuw toepassing van de wet op de verlengde minderjarigheid”, in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 227, nr. 467, die steun vindt in artikel 487*sexies*, eerste lid B.W.; P. BODSON, “Observations concernant la loi du 29 juin 1973 réglant le statut de minorité prolongée”, *T.Vred.* 1974, 198; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 39, nr. 94; E. VIEUJEAN, “La minorité prolongée”, *Ann. dr. Liège* 1977, 15.

Dit betreft evenwel de enkele hypothese van vervanging van ouderlijk gezag ten aanzien van een verlengd minderjarige door voogdijgezag.

Zie hierover uitgebreid: P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 224-228, nrs. 456-470.

Voor de goede orde zij beklemtoond dat, wanneer ten aanzien van een verlengd minderjarige, bij gebrek aan een beschikbare ouder, *ab initio* de voogdij moet worden ingericht (art. 389 B.W.), deze organisatie *in globo* aan de vrederechter toekomt, hetgeen de algemene regel is (P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 218, nr. 445).

§ 3. Raadpleging van de familie

185 Het familiale karakter van de voogdij werd eertijds onderstreept door de samenstelling en de rol van de familieraad, in beginsel evenwichtig samengesteld door de aanwezigheid van beide vaderlijke en moederlijke takken onder het voorzitterschap van de vrederechter. In theorie kwam de belangrijkste beslissingsbevoegdheid toe aan deze familieraad, het leidinggevende orgaan. Na verloop van tijd verloren de bijeenkomsten van de familieraad veel van hun belang: in feite fungeerde de vrederechter als het centrale voogdijorgaan.

Mede in die optiek heeft de wetgever van 29 april 2001 de familieraad afgeschaft. Dit maakt dat bij handelingen voor het stellen waarvan machtiging is vereist, thans enkel nog sprake is van een “vrederechterlijke” machtiging. De vrederechter is de enige alsnog bevoegde rechterlijke instantie, wat maakt dat het regime van de voogdij dit van het voorlopig bewind benadert.

186 Het familiale karakter van de voogdij is echter geenszins volledig opgeheven (zie ook: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 358, nr. 4). Dit blijkt vooral hieruit dat de vermelde wetgever wel, zij het in zeer beperkte mate, een systeem van (individuele) raadpleging van de familieleden heeft ingevoerd.

De raadpleging gebeurt bij de benoeming van de voogd, maar niet bij de benoeming van de toeziende voogd (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 6, nr. 25). Artikel 402 B.W. inzake de benoeming van de toeziende voogd verwijst niet naar artikel 394 B.W. Luidens artikel 402, tweede lid B.W. wordt de toeziende voogd hoe dan ook “bij voorkeur uit de andere lijn (van de familie) gekozen”.

Alvorens tot benoeming van de voogd of tot homologatie van de ouderlijke aanwijzing van een voogd over te gaan (art. 393 B.W.), moet de vrederechter de minderjarige die twaalf jaar of ouder is, horen (art. 394, eerste lid B.W.). De bedoelde pupil moet dus “verplicht” door de vrederechter worden gehoord (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 225-226), wat niet overeenstemt met het “hoorrecht” van de minderjarige in de zin van de artikelen 931, derde tot en met zevende lid en 1233 § 1, *sub 2*° Ger.W. Het verhoor is niet verplicht voor de verlengd minderjarige die overeenkomstig artikel 487*bis*, vierde lid B.W. wordt gelijkgesteld met “een minderjarige beneden de vijftien jaar”, en dus mogelijk ook met een minderjarige beneden de twaalf jaar.

Aldus ziet de Vrederechter te Sankt Vith af van het verhoor van een verlengd minderjarige pupil met het oog op de benoeming van een voogd “gelet op het feit dat de minderjarige op grond van haar psychische ontwikkeling en bekwaamheid niet in staat is de draagwijdte van de haar betreffende maatregelen te begrijpen” (Vred. Sankt Vith 6 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 410).

Verder moet de vrederechter de volgende familieleden (ver)horen, minstens hen doen oproepen:

- de bloedverwanten in de opgaande lijn in de tweede graad,
 - de meerderjarige broers en zussen van de minderjarige
- en
- de broers en zussen van de ouders (art. 394, tweede lid B.W.).

Met betrekking tot deze laatste categorie argumenteert men, ten tijde van de parlementaire voorbereiding, als volgt: “Ooms en tantes van het kind, dus broers en zussen van de overleden ouders, (moeten) geraadpleegd worden, omdat ze wellicht meer toelichting kunnen geven over wat voor het kind belangrijk is, eerder dan de eigen broers en zussen van het kind. Immers, wanneer een kind minderjarig is en meerderjarige broers en zussen heeft, zullen ze niet erg oud zijn, misschien 19 of 20 jaar. In dat geval bezwaart men deze laatsten in feite met een grote verantwoordelijkheid, vermits ze moeten uitmaken wat voor de minderjarige broer of zus goed is” (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 19-20 en 38). Ooms en tantes die effectief contact hebben met de bedoelde pupil, kunnen inderdaad een belangrijke inbreng hebben. Het is zeker niet uitgesloten dat de ouders daarop ook rekenen.

Een praktische vraag is wel deze hoe de vrederechter het bestaan van een en ander familielid te weten komt. Zodra de vrederechter, via zijn griffie, een familielid hoort, opent dit wellicht de weg naar de andere leden. In het raam van de ouderlijke keuze (art. 392 B.W.), kunnen de ouders hieromtrent aanwijzingen geven, wat de raadpleging door de vrederechter moet vereenvoudigen.

Artikel 1233 § 1, *sub* 3° Ger.W. bepaalt dat, indien artikel 394, tweede lid B.W. wordt toegepast, de beschikking de naam, de voornaam en de woonplaats van de bloedverwanten in opgaande lijn van de minderjarige, alsook van zijn meerderjarige broers en zussen en van de broers en zussen van de ouders vermeldt en dat zij als tussenkommende partijen worden beschouwd. Dat zij als tussenkommende partijen worden beschouwd, heeft voor gevolg dat, ook wanneer zij geen reactie vertonen na de oproeping en dus niet verschijnen, zij als versteklatende partij verzet kunnen aantekenen (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 79-80).

Blijkt de opgeroepen persoon (te dezen) handelingsonbekwaam, dan kan zijn wettelijke vertegenwoordiger voor hem verschijnen (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 80).

CAPITAINE betwijfelt dit laatste, aangezien de wettelijke vertegenwoordiging het gebrek aan meningsuiting niet kan verhelpen: “C’est absolument incohérent en cette matière, et il conviendrait que le législateur précise clairement que les personnes incapables ne doivent pas être convoquées et que, si elles le sont dans l’ignorance de leur incapacité, elles ne sont pas parties à la cause et ne doivent pas comparaître. La loi du 13 février 2003 n’a apporté aucune solution à ce problème” (C. CAPITAINE en S. THIELEN, “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 101). In afwachting raadt voormelde auteur de vrederechters aan om eenvoudig akte te nemen van de juridische onmogelijkheid om de bedoelde onbekwamen in persoon te horen. Het is anders met personen onder voorlopig bewind, aangezien deze mensen hoe dan ook bekwaam blijven wat hun persoon betreft. Niettemin kunnen ook zij in feite in de onmogelijkheid verkeren om hun mening te kennen te geven.

Bovendien moet de vrederechter ook eenieder horen van wie de mening voor hem nuttig kan zijn (art. 394, derde lid B.W.). De kans is reëel dat de vrederechter niet weet wie een nuttige mening zou kunnen hebben: alsdan is de vermelde verplichting “loos” (P. CRISPYN, “De hervorming van de voogdijregeling”, *T.J.K.* 2001, 65). Zeker voor bepaalde gevallen zou het opportuun zijn om over een gestructureerd kader van informatievergaring te kunnen beschikken.

De bedoelde oproepingen gebeuren bij gerechtsbrief (art. 394, vierde lid B.W.).

187 Bij de latere beslissingen inzake de persoon dan wel het vermogen van de pupil is echter geen sprake van enige verplichting om de familie te raadplegen. Wel kan de vrederechter, te allen tijde, de mening van de familieleden vragen, zo bijvoorbeeld bij toepassing van artikel 410 B.W. (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 4; vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 6, nr. 25). Zodoende kan de vrederechter, ook tijdens de werking van de voogdij, beslissen personen te horen wier mening voor hem nuttig kan zijn, dit wil zeggen degenen die hij tot het verlenen van advies geschikt acht.

Zie ook: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 222, die hierbij de hoop uitdrukt dat artikel 394, derde lid B.W. niet wordt verwaarloosd, zodat oprecht bekommerde familieleden inderdaad gehoord zullen worden, en de familiale betrokkenheid, waar ze bestaat, niet miskend zal worden.

AFDELING II

SPLITSING VAN DE VOOGDIJOPDRACHT

§ 1. Uitgangspunt

188 De wetgever van 29 april 2001 maakt komaf met de opsplitsing binnen het ouderlijk gezag dan wel voogdijgezag tussen enerzijds de prerogatieven met betrekking tot de persoon van de minderjarige en anderzijds de prerogatieven met betrekking tot de goederen van de minderjarige. De wetgever wil duidelijk deze traditionele opsplitsing overboord gooien: ofwel is er ouderlijk gezag over de persoon én met betrekking tot het vermogen, ofwel is er voogdijgezag. En als er voogdijgezag is, komt dat in de regel aan één enkele voogd toe.

Het uitgangspunt is en blijft dat de voogdij een individuele opdracht voor de voogd en voor de toeziende voogd impliceert. De voogdij wordt gekenmerkt door haar principieel enkelvoudig karakter: de ouder(s), dan wel de vrede-rechter duiden één voogd aan die zorg draagt voor de persoon van de pupil én tegelijk diens goederen beheert (art. 392-393 B.W.). De vrederechter duidt ook één toeziende voogd aan (art. 402 B.W.). De bedoelde enkelvoudigheid vloeit, minstens impliciet, voort uit de regels met betrekking tot de voogdij-inrichting (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 598-599, nr. 663).

189 Nu de aanduiding individueel per pupil plaatsvindt, impliceert dit de mogelijkheid om voor verscheidene (wees)kinderen, broers en zussen, verscheidene voogden aan te duiden. Wel moet ernstig worden overwogen of het belang van deze kinderen een dergelijke beslissing rechtvaardigt en of ze, bovenop het verlies van hun ouders, ook een dergelijke splitsing zonder schade voor zichzelf kunnen verwerken.

Zie: H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *t.a.p.*, 219; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 18, nr. 9: "La tutelle est individuelle et non familiale, et aucune disposition n'impose l'unité de tuteur pour les enfants d'un même couple. Autre chose étant de savoir si c'est opportun. Ce sera toujours une question d'espèce."

§ 2. Uitzondering

190 Niettemin heeft men van oudsher, zij het in uitzonderlijke gevallen, aangenomen dat ook met betrekking tot één en dezelfde pupil meerdere voogden aangewezen kunnen worden, en dit in geval van testamentaire of datieve voogdij. Aldus oordeelde het Hof van Cassatie in 1954 dat de voogdij wordt ingericht in het belang van de minderjarige en dat dit belang gebeurlijk kan rechtvaardigen dat, in een geval van datieve voogdij, de familieraad, hetzij twee voogden aanduidt waarvan één zich over de bewaring van de persoon van de minderjarige ontfert, hetzij één voogd aanduidt doch tijdelijk de

bewaring van de persoon van de minderjarige aan een derde toevertrouwt (Cass. 7 mei 1954, *R.C.J.B.* 1954, (176), 178, noot R. DEKKERS; G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 878, nr. 1410; W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1978, 485-486; P. SENAËVE, *a.w.*, 2000, p. 451, nr. 1238). Zodoende kon ook de langstlevende ouder overeenkomstig de oude artikelen 397-398 B.W. een testamentaire voogd aanstellen voor het gezag over de persoon van de minderjarige en een tweede voogd voor het beheer van de goederen van de minderjarige (Kort Ged. Luik 19 maart 1986, *Ann. dr. Liège* 1989, 288). In die optiek stelt DE PAGE dat, hoewel het enkelvoudige karakter van de voogdij de regel is, niets belet ervan af te wijken, bijvoorbeeld zo de goederen van de pupil (zeer) verspreid liggen of zelfs zo de respectieve bekwaamheden van de kandidaat-voogden het aannemelijk maken dat één persoon het gezag over de persoon van de pupil waarneemt en een andere persoon het beheer van de goederen (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 136-137, nr. 133). In de gevallen van wettelijke voogdij, waar van rechtswege één enkele voogd werd aangeduid, was dergelijke afwijking uitgesloten.

Meervoudige voogdij kon dus al.

Er waren echter ook “andersluidende klokken”: zo oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat zowel de tekst als de geest van de (oude) wet duidelijk de meervoudige voogdij verboden en dat, in het voorliggende geval, de familie-raad dan ook geenszins gerechtigd was om, benevens een “tuteur principal”, ook een “tuteur subsidiaire chargé de pourvoir à des intérêts spéciaux” te benoemen (Gent 24 januari 1878, *Pas.* 1878, II, (197), 198).

191 De uitzonderingsmogelijkheid vindt thans bevestiging in artikel 395 B.W. De vrederechter kan de voogdij splitsen door een “voogd over de persoon” en een “voogd over het vermogen” te benoemen indien het belang van de pupil dit “wegens uitzonderlijke omstandigheden” vereist. Een dergelijke splitsing van voogdijbevoegdheden is mogelijk bij het ontstaan, bij het openvallen of op om het even welk ogenblik tijdens de werking van de voogdij (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 114, nr. 280, d). De door de wetgever van 29 april 2001 uitdrukkelijk bepaalde mogelijkheid tot splitsing kadert in de verhoogde aandacht voor de persoon van de pupil (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 9). In feite komt de bedoelde splitsing evenzeer het goederenbeheer ten goede wanneer dat een zekere complexiteit zou vertonen (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 8, nr. 38). Aldus preciseert de parlementaire voorbereiding dat “de benoeming van twee voogden kan geschieden als de voogdij een zekere complexiteit vertoont, bijvoorbeeld als voor het goederenbeheer bijzondere bevoegdheden vereist zijn” (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 18) en verder dat “de splitsing tussen de voogdij over de persoon en de voogdij over de goederen slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan plaatsvinden, bijvoorbeeld wanneer de minderjarige een heel omvangrijke erfenis heeft gekregen, en rekening houdend met de graad van specialisatie die van de

voogd wordt geëist, vooral wanneer hij de goederen van de minderjarige moet beheren” (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 13).

192 Een mooie toepassing ligt voor in een beschikking van 6 maart 2002 van de Vrederechter te Sankt Vith (Vred. Sankt Vith 6 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 410).

Een goed begrip van deze beslissing onderstelt een korte aanloop met betrekking tot de overgangsbepalingen van de Wet van 29 april 2001, in werking getreden op 1 augustus 2001.

Zie ook: S. MOSSELMANS, “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 249-252, nrs. 564-569; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1540-1542, nrs. 179-180.

De onder het oude recht werkzame testamentaire voogdij (oud art. 397 B.W.), ascendentenvoogdij (oud art. 402 B.W.) en datieve voogdij (oud art. 405 B.W.), met inbegrip van de (onder het oude recht werkzame) voogdij strekkende tot bescherming van de verlengd minderjarigen (art. 487*quater*, eerste en vierde lid B.W.) en de gerechtelijk onbekwaamverkleerde geesteszieken (art. 509, eerste lid B.W.) hebben tijdelijk de Wet van 29 april 2001 overleefd en wel tot 1 februari 2002, dit is gedurende zes maanden na voormelde datum van inwerkingtreding. Niet alleen de oude wetsbepalingen, maar ook de in het oude kader genomen beslissingen van de (inmiddels afgeschafte) familieraden hebben gedurende die zes maanden hun uitwerking behouden (art. 89 § 2, *sub* 1° van de Wet van 29 april 2001; *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 40).

Enkel het nieuwe artikel 410 B.W. heeft onmiddellijke toepassing gevonden. Voor het stellen van de in artikel 410 § 1 B.W. bedoelde (rechts)handelingen is reeds vanaf 1 augustus 2001 de voorafgaande machtiging van de vrederechter vereist (art. 89 § 2, *sub* 2° van de Wet van 29 april 2001). Logischerwijze geldt eenzelfde onmiddellijke toepassing ook voor de benodigde procedurebepalingen van inzonderheid de artikelen 1233 en 1236 Ger.W. (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 246).

Binnen die zes maanden moesten voormelde oude voogdijregelingen (formeel) worden afgesloten, althans de andere dan de gewezen ouderlijke voogdijregelingen (art. 89 § 2, *sub* 3°, eerste lid van de Wet van 29 april 2001; *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 11). De (gewezen) voogd moest derhalve een definitieve voogdijrekening opstellen waarin hij op behoorlijke wijze het door hem waargenomen vermogensbeheer toelichtte en verantwoordde. Vervolgens moest hij de bedoelde rekening zowel aan de vrederechter als aan de toeziende voogd overhandigen.

De formele overhandiging van de definitieve voogdijrekening (met het oog op de goedkeuring ervan) gebeurde op het vredegerecht (in raadkamer) en in aanwezigheid van de toeziende voogd (art. 415, eerste lid B.W.). Hiertoe bepaalde de vrederechter een datum tegen welke (minstens) de (gewezen) voogd, de toeziende voogd en de pupil indien hij de leeftijd van vijftien jaar had bereikt, werden opgeroepen (art. 89 § 2, *sub* 3°, eerste lid en 4°, eerste lid van de Wet van 29 april 2001). Hierop redigeerde de vrederechter een proces-verbaal, inzonderheid vermeldende dat de verantwoordingsverplichting werd vervuld en dat de (slot)rekening al dan niet werd goedgekeurd (samen en met de vrederechter). Zowel de bedoelde slotrekening als het voormelde proces-verbaal werden in het procesdossier (art. 1237 Ger.W.) gevoegd (art. 89 § 2, *sub* 3°, tweede lid van de Wet van 29 april 2001).

Eens de vrederechter op de door hem bepaalde datum zowel de (gewezen) voogd als de (gewezen) toeziende voogd (nog steeds in raadkamer) had gehoord (gebeurlijk ook de minderjarige pupil indien hij de leeftijd van vijftien jaar had bereikt), ging hij, waar nodig, tot (her)organisatie van de nieuwe voogdij over. In voorkomend geval (her)benoemde hij de (toeziende) voogd.

In de regel blijft de voorheen fungerende (toeziende) voogd zijn functie verder uitoefenen (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 21, nr. 104).

Zodra hij het te beheren vermogen had geëvalueerd, nam hij de in artikel 407 § 1 B.W. bedoelde basisbeschikking(en) (art. 89 § 2, *sub* 4°, eerste lid van de Wet van 29 april 2001).

Op die manier herevalueerde de vrederechter het maximale bedrag dat de voogd jaarlijks uit de inkomsten van de pupil mag besteden aan diens onderhoud en opvoeding, de maximale kost die het vermogensbeheer per jaar met zich mag brengen en het bedrag vanaf welk voor de voogd de verplichting begint om het saldo van de inkomsten boven de uitgaven te beleggen alsook de voorwaarden onder welke deze belegging moet geschieden. Verder preciseerde de vrederechter de (bank)instelling, alwaar de benodigde rekeningen van de pupil (verder) worden geconcentreerd, zo ook de voorwaarden onder welke de gestorte kapitalen, gebeurlijk de effecten en de waardepapieren kunnen worden teruggenomen. Bovendien stelde de vrederechter de omvang vast van de door de voogd te verstrekken waarborgen. Zo nodig trof hij de vereiste maatregelen met het oog op de voortzetting, de verhuring, de overdracht of de beëindiging van de handelszaken en de ondernemingen die aan de pupil toebehoren.

De bedoelde basisbeschikking kreeg pas uitwerking zes maanden na de inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001 (art. 89 § 2, *sub* 4°, tweede lid van de Wet van 29 april 2001). Dit viel samen met het ogenblik tegen welk de oude voogdijregelingen moesten worden afgesloten (art. 89 § 2, *sub* 3°, eerste lid van de Wet van 29 april 2001).

Tot slot bepaalt artikel 89 § 2, *sub* 5° van de Wet van 29 april 2001 dat, na verloop van voormelde zes maanden, alle (nog bestaande) vormen van voogdij over minderjarigen, verlengd minderjarigen en gerechtelijk onbekwaamverklaarden aan de nieuwe voogdijregeling onderworpen zijn, zulks met uitzondering van artikel 410 § 1 B.W. dat onmiddellijke uitwerking heeft ten aanzien van de bestaande (oude) voogdijregelingen.

In het onderhavige geval gaat de vrederechter over tot herinrichting van een bestaande voogdij over een persoon in staat van verlengde minderjarigheid (na het overlijden van vader en moeder, na het overlijden van de enige ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat of bij vervanging van het ouderlijk gezag door voogdij). De pupil woont samen met de voogd (zus van de pupil en van de toeziende voogd) en de toeziende voogd (broer van de pupil en van de voogd). De woning is eigendom van de voogd, terwijl zowel de pupil als de toeziende voogd een (zakenrechtelijk) recht van bewoning genieten.

De bedoelde voogdijrekening toont aan dat, wanneer de pupil ten tijde van het ontstaan van de voogdij (in 1994) spaargelden had ten bedrage van 43.755,54 EUR, er (einde 2001) nog slechts 495,79 EUR overblijven. Naar aanleiding van een onderhoud met de voogd en de toeziende voogd leert de vrederechter “dat de voogd met medeweten van de toeziende voogd de ontbrekende gelden van de pupil (43.259,75 EUR) zonder machtiging van de familierraad heeft geïnvesteerd in de renovatie van de bedoelde woning”. Naar het oordeel van de vrederechter geeft deze handelwijze blijk van onverantwoord beheer van andermans goederen, reden waarom hij de voogd ontzet (art. 398, *sub* 2° B.W.). De vrederechter overweegt dat weliswaar “de voogd en de toeziende voogd, die van de vermelde handelwijze op de hoogte was, hun verontschuldigungen hebben aangeboden”, “zij hebben verklaard zich niet met de bedoelde gelden te willen verrijken” en “zij enkel het belang van hun verlengd minderjarige zus wilden dienen nu de bedoelde renovatie de woonkwaliteit voor elk van hen zou verbeteren”. Niettemin acht de vrederechter de toch wel aanzienlijke besteding van de gelden al te gortig, zodat de in artikel 398, *sub* 2° B.W. bedoelde “ontrouw” aan de orde is.

Bij de herinrichting van de voogdij, splitst de vrederechter de voogdij derwijze dat hij de “oude” voogd herbenoemt, doch enkel voor de “voogdij over de persoon van de pupil”: ondanks de gesanctioneerde uitspatting, heeft de

voogd (verpleegster van beroep) zich immers steeds “met grote toewijding om de verzorging van haar bedlegerige zus bekommerd”. Voor de “voogdij over het vermogen” benoemt de vrederechter een nicht van de pupil, die hiertoe bereid wordt gevonden. De toeziende voogd blijft “in functie”. De twee voogden zijn tenslotte, samen met de toeziende voogd, de enige familieleden en gebeurlijk ook de latere erfgenamen van de pupil.

Deze beslissing is op z'n minst creatief te noemen: het is een ware “vrederechterlijke” beslissing die alle lof verdient.

Ook de Vrederechter te Barvaux opteert, in het raam van de herinrichting van een (datieve) voogdij in de zin van het vermelde artikel 89 § 2, voor een geplitste voogdij. De onder het oude recht ingerichte datieve voogdij (oud art. 405, eerste lid B.W.) wordt beëindigd. De vrederechter benoemt een “voogd over de persoon” en een advocaat als “voogd over de goederen”: “Il s'indique compte tenu des circonstances exceptionnelles telles que visées à l'article 395 § 1, premier alinéa du C.c., à savoir des difficultés patrimoniales dans le cadre de la succession de la mère des enfants mineurs, de la location de l'immeuble indivis et de la saisie probable de cet immeuble par le créancier hypothécaire, de désigner un membre du barreau en qualité de tuteur des biens”.

Vred. Barvaux 30 januari 2002, *T.Vred.* 2002, 391.

Zie ook: Vred. Barvaux 13 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 393.

De datieve voogdij werd ingericht na de ontzetting uit de (overeenkomstig het oude art. 390 B.W.: wettelijke) voogdij van de langstlevende ouder (wegens “kennelijk wangedrag” in de zin van het oude art. 444, *sub* 1° B.W.: de vader had immers de moeder gedood, feiten waarvoor hij later werd veroordeeld door het Hof van Assisen te Aarlen op 29 juni 2000) maar vóór diens ontzetting uit het ouderlijk gezag. De jeugdrechtbank had in dat geval blijkbaar (ten onrechte) geen provoogd aangesteld, noch over de goederen ter vervanging van de datieve voogd noch over de persoon (art. 34 Jeugdbeschermingswet).

§ 3. Splitsingsmogelijkheden

A. DOOR DE WETGEVER GEVISEERDE HYPOTHESE

193 Artikel 395 § 1, eerste lid B.W. viseert slechts één vorm van splitsing, zijnde die waarbij de vrederechter twee voogden benoemt: één ten behoeve van de persoon van de pupil en één met het oog op het goederenbeheer. Inderdaad, degene die het best de vermogensbelangen kan waarnemen is niet altijd degene in wiens gezin de pupil het best opgevangen, gehuisvest en opgevoed kan worden.

B. *QUID* BIJ DE AANWIJZING VAN DE VOOGD DOOR DE OUDER(S)?

194 Hoewel de wettekst dit niet met zoveel woorden “zegt”, kan de splitsing ook in het raam van de ouderlijke aanwijzing in de zin van artikel 392 B.W. (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over min-

derjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 379-380, nr. 51). Waarom zouden er minder mogelijkheden gelden bij de door de ouder(s) opgedragen voogdij als bij de door de vrederechter opgedragen voogdij, daar waar niet blijkt dat de wetgever de door de ouder(s) opgedragen voogdij als een minderwaardige voogdij in vergelijking met de door de vrederechter opgedragen voogdij beschouwt? Integendeel, volgens de *ratio legis* van artikel 392 B.W. zijn de ouders in beginsel de meest geschikte personen om uit te maken welke persoon het best de zorg over hun kinderen zou kunnen overnemen. Waarom zouden de ouders dan niet de meest geschikte personen zijn om uit te maken wie best in aanmerking zou kunnen komen voor enerzijds het gezag over de persoon en anderzijds het beheer van de goederen van hun minderjarige kinderen?

De vrederechter kan een gesplitste aanwijzing door de ouder(s) bekrachtigen.

Zie: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 379-380, nrs. 51-52; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 8, nr. 39; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 2000, p. 12-13, nr. 11, met verwijzing naar het cassatiearrest van 25 mei 1888 (*Pas.* 1888, I, 241).

Vgl.: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 17, nr. 8, die in voetnoot 43 (zij het in voorzichtige termen) vooropstellen dat de mogelijkheid tot splitsing niet aan de ouder(s) toekomt: “Le fait que la loi envisage expressément la nomination de deux tuteurs mais n’en parle qu’à propos de la tutelle ‘dativ’, semble exclure cette possibilité en cas de tutelle testamentaire”.

Wanneer de vrederechter oordeelt dat, gelet op de concrete omstandigheden van het voorliggende geval, hetzij het principe zelf van de gesplitste voogdij, hetzij de keuze van een van beide voogden, niet strookt met het belang van het kind, weigert hij de gevraagde homologatie (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 110, nr. 268). Desnoods kan hij de ouderlijke aanduiding van één voogd homologeren wat betreft één aspect van de voogdij die hij zelf splitst (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 20, nr. 36).

C. ANDERE MOGELIJKHEDEN

195 Er is echter meer. Tijdens de parlementaire voorbereiding is de splitsing trouwens niet beperkt tot een voogd ten behoeve van de persoon en een voogd voor het beheer van de goederen (zie wel: *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 9 en 18). De vermelde rechterlijke creativiteit moet behouden blijven (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1227-1228, nrs. 1325-1326; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 8, nr. 39).

Zo kunnen een voogd ten behoeve van de persoon en verscheidene voogden voor het beheer van de goederen worden benoemd. Hierbij kan een deel van de goederen worden beheerd door de voogd die voor de persoon zorgt en een ander deel van de goederen door de voogd met betrekking tot het vermogen: praktische redenen verantwoorden dat de voogd bij wie het kind verblijft ook bepaalde beheersbevoegdheden heeft inzake de inning en besteding van de ten behoeve van de pupil verrichte uitkeringen, en in die optiek ook een beperkte

bevoegdheid met betrekking tot zijn spaarrekening (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 220). Evengoed kan de vrederechter een voogd belasten met de zorg voor de persoon en het dagelijkse goederenbeheer en een andere voogd met het verdergaande beheer, wat zinvol lijkt om nodeloze conflictsituaties te vermijden.

196 Traditioneel acht men het niet mogelijk om twee voogden te benoemen met dezelfde bevoegdheden inzake de persoon en de goederen van de pupil (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 598-599, nr. 663). In die optiek sluit DE BUSSCHERE de mogelijkheid uit om bijvoorbeeld twee echtgenoten gezamenlijk tot voogd of tot voogden met dezelfde, concurrerende bevoegdheden te benoemen (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 383, nr. 60).

Mijns inziens is dit wel mogelijk, evenals de toekenning van concurrerende bevoegdheden aan de broer en schoonzus van een overleden ouder.

Zie, in iets voorzigtigere termen, ook: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 219, voetnoot 45; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 19, nr. 9: “La loi n’envisage la pluralité de tuteurs qu’en cas de scission entre la tutelle à la personne et la tutelle aux biens. On peut en déduire qu’il n’est pas possible de conférer la plénitude des compétences à deux personnes conjointement, mais l’argument n’est pas décisif. On rappellera à cet égard que la jurisprudence admet, nonobstant le silence de la loi, que la tutelle officieuse soit confiée à deux époux”.

Ook VAN ASSCHE stelde reeds in 1883 dat het recht van benoemen kan worden uitgebreid en ook “gedeelig” toegepast: “Zoo mag de ouder of de gever twee voogden aanstellen om gezamenlijk de voogdij waar te nemen” (J. VAN ASSCHE, *Handboek van den notaris*, II, Gent, Vanderhaeghen, 1883, 320). Evenals inzake het voorlopig bewind, moeten hier de ouder(s) en de vrederechter de modaliteiten van de voogdij “personaliseren”, dit wil zeggen kneden gelet op de concrete behoeften van de pupil (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 8, nr. 39).

197 Wat uiteraard niet kan is dat de vrederechter slechts één voogd zou aanduiden voor een van beide aspecten, hetzij voor de persoon hetzij voor het vermogen van de pupil, zonder aanduiding van een voogd voor het andere aspect (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 13; C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 383, nr. 60). In voorkomend geval kan de vrederechter wel de (gemotiveerde) aanduiding door de ouder(s) van enkel één voogd, hetzij voor de persoon hetzij voor het vermogen van de pupil, aanvullen met de bijkomende benoeming van een voogd voor het andere aspect (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 46, nr. 119).

D. SPLITSING IN DE LOOP VAN DE VOOGDIJ

198 Het is mogelijk dat in de loop van een voogdij waarin daartoe oorspronkelijk geen aanleiding bestond, omstandigheden opduiken die het aangewezen

maken om de voogdij voor de toekomst toch op te splitsen. De pupil kan bijvoorbeeld mede erven in een vrij complexe nalatenschap. In voorkomend geval kan de vrederechter de voogdij alsnog opsplitsen (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 114, nr. 280, d).

199 Door de voogdij in de loop ervan te splitsen, kan de vrederechter een gedeeltelijke ontzetting van de voogd vermijden (zie nochtans: Vred. Sankt Vith 6 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 410). Indien de voogd ongeschikt blijkt inzake het vermogensbeheer maar niet inzake de zorg voor de persoon van de pupil, kan de vrederechter in uitzonderlijke omstandigheden de voogdij splitsen. Dit kan pragmatischer overkomen dan hetzij de gedeeltelijke ontzetting van de voogd met benoeming van een nieuwe voogd voor het beheer van de goederen, hetzij de volledige ontzetting van de voogd met een herbenoeming van diezelfde voogd voor de zorg voor de persoon van de pupil (art. 398-399 B.W. en art. 1235 Ger.W.; F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 20, nr. 38).

§ 4. Splitsing van de toeziende voogdij

200 Artikel 402, derde lid B.W. inzake de benoeming door de vrederechter van een toeziende voogd, verklaart artikel 395 B.W. van toepassing. De vrederechter kan dus, evenzeer in het belang van de pupil, meerdere toeziende voogden aanstellen, wier opdracht, in voorkomend geval, is gespiegeld aan de respectieve voogdijopdrachten.

§ 5. Belang van de pupil

201 De bedoelde splitsing is hoe dan ook uitzonderlijk: de wetgever heeft het pleidooi voor een veralgemeende mogelijkheid tot splitsen niet aangehouden (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 17 en 39-40). Luidens de tekst van artikel 395 § 1, eerste lid B.W. is de splitsing van voogdijbevoegdheden enkel in “uitzonderlijke omstandigheden” mogelijk. De ouder(s) dan wel de vrederechter moeten hun keuze dan ook motiveren (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 46, nr. 120).

202 Deze uitzonderlijke omstandigheden mogen vrij ruim worden uitgelegd, zij het telkenmale met het belang van de pupil voor ogen (Kort Ged. Luik 19 maart 1986, *Ann. dr. Liège* 1989, 288; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 148, nr. 21).

In die optiek kan niet enkel de omvang, maar ook de specificiteit van het te beheren vermogen dat aldus enige deskundigheid vereist, een splitsing in de voogdijopdracht verantwoorden (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 13; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 8-9, nrs. 38-40; P. SENAËVE, *a.w.*, 2000, p. 451, nr. 1238). Om een adequaat goederenbeheer niet in gevaar te brengen door de aanduiding van een naaste, kan de vrederechter dat opdragen aan een meer deskundige bewindvoerder. Zo kan het dat, wanneer de pupil aandeelhouder wordt in een familiebedrijf, zelfs voor een beperkt aandeel, de voogd die op het persoonlijke vlak uitstekend voor de pupil kan

zorgen, minder bekwaam lijkt voor het bedoelde goederenbeheer: hij zou zich misschien al te vlug door de meest overtuigende aandeelhouder laten meeslepen en beslissingen onderschrijven die strijdig zijn met het belang van de pupil (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 220). Weliswaar spreekt het voor zich dat de doorsnee minderjarige, bij het overlijden van zijn enige dan wel langstlevende ouder, zeker niet zo’n fortuin erft, evenmin een dermate complex vermogen dat een splitsing zich opdringt tussen de opdracht met betrekking tot de persoon van het kind en de opdracht met betrekking tot zijn goederen.

Daarnaast kunnen er ook, en misschien wel eerder, persoonlijke omstandigheden zijn die tot een splitsing nopen. Dit kan het geval zijn van een gehandicapd kind dat bijzondere zorgen vereist, zodat men de aan te wijzen voogd, die al met een aanzienlijke opdracht inzake de opvang en de opvoeding wordt belast, bezwaarlijk met een bijkomend vermogensbeheer kan belasten.

§ 6. Onderling overleg

203 De (toeziende) voogden oefenen hun opdrachten uit in onderling overleg. Elkeen stelt, binnen zijn bevoegdheid, de nodige rechtshandelingen en neemt de nodige beslissingen. Rechtshandelingen en beslissingen die betrekking hebben zowel op de persoon als op de goederen van de pupil, mogen alleen met instemming van beide (toeziende) voogden worden genomen (art. 395 § 2, eerste lid B.W.).

Zie over de vraag wie van beide voogden de bevoegdheid heeft inzake “de staat van de persoon”: P. SENAEVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 66, nr. 173.

Vgl.: F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 35, nr. 71, die stelt dat desgevallend enkel de voogd met betrekking tot de persoon bevoegd is voor handelingen in verband met de staat van de pupil, zelfs al hebben de wijzigingen in de (verhoudingen van) staat een manifest patrimoniale inhoud of weerslag.

204 Het spreekt voor zich dat het merendeel van de beslissingen die de persoon van de pupil raken, ook vermogensrechtelijke implicaties hebben, aldus bijvoorbeeld de keuze van een studierichting, een medische behandeling met opname in een ziekenhuis en de keuze van een woonplaats, zo ook bijvoorbeeld de invulling van de vrije tijd van de pupil en zijn vakantiekeuze (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 6 en 39-40; P. SENAEVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, *t.a.p.*, p. 66, nr. 172; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 9, nr. 40). Artikel 407 § 1, 1° B.W. vormt de link: in zijn basisbeschikking bepaalt de vrederechter het bedrag waarover de voogd jaarlijks beschikt voor het onderhoud en de opvoeding van de pupil. In voorkomend geval moet de voogd met betrekking tot de persoon overleg plegen met de aangewezen voogd met betrekking tot de goederen. In geval van onenigheid moet de vrederechter trancheren.

Het lijkt daarentegen minder vanzelfsprekend dat een beslissing inzake het vermogen van de pupil ook op diens persoon inwerkt. CASMAN denkt hierbij aan “de belegging van de gelden met het oog op een hoge groeiwaarde, zodat er minder inkomen vrijkomt dat voor studies of reizen beschikbaar is” en verder aan “de verkoop van de participatie van de minderjarige in een familiebedrijf, zodat zijn toekomstmogelijkheden om later bij de leiding van dat bedrijf betrokken te worden in het gedrang komen” (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 221). Nu een dergelijke vermogensrechtelijke handeling veelal de voorafgaande machtiging van de vrederechter vereist, raadpleegt deze laatste best de voogd met betrekking tot de persoon alvorens te beschikken.

205 Krachtens artikel 395 § 2, tweede lid B.W. wordt, ten opzichte van derden die te goeder trouw zijn, elke voogd geacht te handelen met instemming van de andere voogd, wanneer hij alleen een handeling stelt die met de voogdij verband houdt, “behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen” (zie inzake dit onduidelijke voorbehoud: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 221). Dit betreft een extrapolatie van wat de artikelen 373, tweede lid B.W. en 376, tweede lid B.W. bepalen inzake de gezamenlijke uitoefening van respectievelijk het ouderlijk gezag over de persoon en het ouderlijke beheer van de goederen van het kind: een en ander tot tempering, naar derden toe, van een onverkort “dubbeloptreden”. Nu, anders dan inzake het ouderlijk gezag, inzake de voogdij als regel geldt dat één enkele voogd fungeert, kan bezwaarlijk al te vlug een gebrek aan goede trouw worden opgeworpen. De beroepspersoon, inzonderheid de notaris en de bankier, moet hoe dan ook voorzichtig zijn (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 221).

§ 7. Betwisting tussen de (toeziende) voogden

206 De besproken splitsingsmogelijkheid kan uiteraard aanleiding geven tot betwistingen. Teneinde meningsverschillen tussen de verscheidene (toeziende) voogden op te vangen, bepaalt artikel 395 § 1, tweede lid B.W. dat de vrederechter, “op verzoek” de bedoelde geschillen beslecht. De artikelen 1232 *juncto* 1026-1034 en 1233 Ger.W. zijn van toepassing. Eens te meer staat het belang van de pupil centraal (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 18).

207 Krachtens artikel 401, tweede lid B.W. wordt, indien grond bestaat om de voogd te vervangen, overeenkomstig artikel 393 B.W. een nieuwe voogd aangewezen. Dit geldt ook indien, bij splitsing van voogdijopdrachten, een bepaalde (toeziende) voogd moet worden vervangen. De vervangende (toeziende) voogd neemt de draad op van zijn voorganger op datum van de bedoelde beschikking, onverminderd de dringende maatregelen in de zin van artikel 391 B.W.

AFDELING III

ADMINISTRATIEVE VOOGDIJ

208 Vanuit het Romeinse recht, toen men het voogdijwezen nog als een *munus publicum* (openbaar ambt) beschouwde, stamt een traditie om de (toezienende) voogdijopdrachten als verplicht te aanzien. De Code Napoléon zette deze traditie voort in de oude artikelen 401 *juncto* 432 B.W. Er waren weliswaar talrijke gronden van vrijstelling, gaande van leeftijds- en gezondheidsredenen tot het bekleden van openbare ambten, aldus de oude artikelen 427-437 B.W.

Artikel 508 B.W. bepaalt evenwel dat “met uitzondering van de echtgenoten, de bloedverwanten in de opgaande en die in de neerdalende lijn, niemand verplicht (is) de voogdij over een onbekwaamverkleerde meer dan tien jaar te behouden: na verloop van die tijd kan de voogd vragen dat hij wordt vervangen en dit moet hem worden toegestaan”. Deze bepaling bleef onaangeroerd door de Wet van 29 april 2001. De reden van die bijzondere tijdsbeperking is dat de voogdij over een onbekwaamverkleerde de maximale periode van een voogdij over een minderjarige dikwijls overschrijdt. De bijzondere tijdsbeperking bestaat dan weer niet voor de voogd over een verlengd minderjarige (zie omtrent een en ander: F. SWENNEN, “Het vrijwillige ontslag van de voorlopige bewindvoerder”, noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 16 maart 1998 en Rb. Brussel 19 mei 1998, *T.B.B.R.* 1999, 391-397).

Inzake het voorlopig bewind speelt artikel 488*bis*, d, eerste lid B.W.

Krachtens artikel 396, eerste lid B.W. is de voogd niet (langer) verplicht de hem opgedragen voogdijopdracht te aanvaarden. Ook de toezienende voogdij kent nu een onverplicht karakter (art. 402, derde lid B.W.).

209 Thans is dan ook niemand nog verplicht een (toezienende) voogdij op zich te nemen.

In die optiek wijzigde de wetgever van 29 april 2001 ook artikel 1370 B.W.

Men kan een uitzondering lezen in het nog steeds geldende artikel 508 B.W. met betrekking tot de voogdij over een onbekwaamverkleerde.

GRÉGOIRE wijst er op dat artikel 508 B.W. stamt uit de tijd waarin de (toezienende) voogdij nog een verplicht karakter had en wellicht bij vergetelheid niet werd afgeschaft: “On ne voit pas de raison logique pour laquelle la tutelle de l’interdit resterait une charge obligatoire.” (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 150, nr. 24).

Een verplichte (toezienende) voogdij komt de belangen van de pupil niet ten goede.

210 Het gevolg van de onverplichte (toezienende) voogdij is dat de vrederechter zich telkenmale moet verzekeren van de bereidheid van de kandidaat-(toezienende)voogd (C. CAPITAINE, “Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l’autorité parentale”, in Y.-H. LELEU, *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 148). De aangesproken (toezienende) voogd kan *ab initio* zijn opdracht weigeren (art. 396, eerste lid B.W.). Hij moet geen bijzondere redenen opgeven. In voorkomend geval

kan de vrederechter de ouderlijke aanwijzing niet homologeren (art. 392, vijfde lid B.W.).

Indien de eens fungerende (toeziende) voogd wegens bijzondere omstandigheden, zogeheten “wettige redenen”, niet meer in staat is zijn opdracht te vervullen, kan hij de vrederechter vragen daarvan te worden ontlast (art. 396, tweede lid B.W.). Voorbeelden van dergelijke omstandigheden zijn onder meer gezondheidsredenen, familiale en professionele redenen (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 18). Zo nodig kunnen ook de oude artikelen 427-437 B.W. inspiratie bieden.

Anders dan inzake het voorlopig bewind (art. 488bis, d, eerste lid B.W.), is de bedoelde ontlasting enkel mogelijk op verzoek van de (toeziende) voogd. De vrederechter kan hier niet ambtshalve optreden.

Teneinde de continuïteit van de voogdij te waarborgen, zou de vrederechter enkel gewijzigde en nieuwe omstandigheden in aanmerking mogen nemen die betrekking hebben op de doorslaggevende beweegreden(en) voor de aanstelling van de (toeziende) voogd (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 21, nr. 41, met verwijzing naar: F. SWENNEN, “Het vrijwillige ontslag van de voorlopige bewindvoerder”, *t.a.p.*, p. 396-397, nrs. 11-12). “Nieuwe omstandigheden” wil zeggen omstandigheden die ná de benoeming (art. 393 B.W.) dan wel homologatie (art. 392, vijfde lid B.W.) opduiken of die pas dan bekend worden (Rb. Bergen 21 oktober 1974, *Pas*. 1976, III, 5). Feiten waarvan de (toeziende) voogd reeds vóórdien op de hoogte was, verondersteld wordt op de hoogte te zijn geweest (zie ook: Rb. Bergen 20 januari 1994, *Rev. not. b.* 1994, 200) of op de hoogte had moeten zijn (zie ook: Luik 19 december 1996, *J.T.* 1997, 370), komen niet in aanmerking. Maar dan nog rechtvaardigt niet elke nieuwe omstandigheid de ontlasting: het moet als het ware gaan om het wegvallen van de doorslaggevende beweegreden(en) die bij de benoeming dan wel homologatie voorzaten (zie ook: A. WYLLEMAN, “Art. 488bis, d B.W.”, in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1995, p. 2, nr. 1). De aanstelling van de (toeziende) voogd geldt in zekere zin *rebus sic stantibus*. De vrederechter “kan” dus de (toeziende) voogd van zijn opdracht ontlasten maar “moet” op een verzoek daartoe niet ingaan. Hij apprecieert op een onaantastbare wijze (“in feite”) of het “geraadzaam” overkomt om het verzoek al dan niet in te willigen, al naargelang de (toeziende) voogd zijn opdracht alsnog naar behoren kan vervullen. Enkel wanneer de (toeziende) voogd over de onbekwaamverklaarde na verloop van tien jaar vraagt om te worden vervangen, moet dit hem worden toegestaan, zij het “met uitzondering van de echtgenoten, de bloedverwanten in de opgaande en die in de neerdalende lijn” (art. 508 B.W.).

De “beschermingswaardigheid” van de pupil verantwoordt het belang dat moet worden gehecht aan de continuïteit van het (toeziende) voogdijgezag, bij voorkeur uitgeoefend door een naast familielid. Hoe dan ook rijst de vraag of de (toeziende) voogd het vereiste gepersonaliseerde gezag nog met de no-

dige ernst zal uitoefenen als hij (wel) doch niet de vrederechter een “wettige reden” ziet om zijn opdracht te beëindigen. Zijn gebeurlijke aansprakelijkheid lijkt een onvoldoende waarborg voor het belang van de pupil (F. SWENNEN, “Het vrijwillige ontslag van de voorlopige bewindvoerder”, *t.a.p.*, p. 397, nr. 12). Een voldoende ruime appreciatiemarge voor de vrederechter is aanbevelenswaardig.

De bedoelde ontlasting is duidelijk te onderscheiden van de “ontzetting” in de zin van artikel 398 B.W. Anders dan de ontlasting, spreekt de vrederechter de ontzetting uit, hetzij ambtshalve hetzij op verzoek van de toeziende voogd of van het openbaar ministerie, en dit in geval van kennelijk wangedrag, onbekwaamheid of ontrouw aan de zijde van de (toeziende) voogd dan wel ingeval er een rechtsgeding hangende is “waarbij de staat van de pupil, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van zijn goederen zijn betrokken” (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 18).

211 Een probleem rijst indien niemand de voogdijopdracht wil aanvaarden. Die kans is reëel, mede gelet op het principiële onbezoldigde karakter van de voogdijopdracht. In bepaalde, eerder schrijnende gevallen kan het voor de vrederechter zeer moeilijk zijn om al was het maar een kandidaat-voogd te vinden. Soms kan de in artikel 395 B.W. bedoelde splitsing van bevoegdheden een oplossing bieden. De vrederechter moet hoe dan ook alles in het werk stellen om toch een voogd te vinden (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 49, nr. 130). Desnoods moet het openbaar ministerie het roer in handen nemen.

212 De wet bepaalt dat, indien niemand aanvaardt de voogdij uit te oefenen, de artikelen 63 tot 68 van de (organieke) Wet van 8 juli 1976 “betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn”, de zogeheten “O.C.M.W.-Wet” (*B.S.* 5 augustus 1976, zoals aangepast o.m. door de Wet van 29 april 2001), worden toegepast (art. 396, derde lid B.W.).

213 De aldus bedoelde “administratieve voogdij” komt echter verre van bevredigend over. De toepassing van een en andere bepaling doet vragen rijzen.

Zie hierover uitgebreid: P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, *t.a.p.*, p. 96-99, nrs. 243-251.

Zie ook: *Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 1772/007, p. 17-20.

214 Luidens artikel 63 van de O.C.M.W.-Wet wordt iedere minderjarige over wie niemand het ouderlijk gezag, de voogdij of de materiële bewaring heeft, toevertrouwd aan het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van de gemeente waar hij zich bevindt. Anders dan wat artikel 390, eerste lid B.W. vooropstelt, primeert hier de verblijfplaats van het kind op de woonplaats voor de aanwijzing van het bevoegde O.C.M.W.

Het volstaat niet dat niemand de materiële bewaring over een kind waarneemt, het is bovendien vereist dat er geen titularis van het ouderlijk gezag noch een voogd van het kind bestaat.

De voogdij komt toe aan het O.C.M.W. van de gemeente waar het kind zich feitelijk bevindt (art. 63 O.C.M.W.-Wet), ongeacht zijn woonplaats. Aldus is deze residuaire regeling van publiekrechtelijke voogdij slechts op een zeer beperkt aantal kinderen van toepassing, in de praktijk: vondelingen en weeskinderen waarover niemand zich ontfermt.

Het O.C.M.W. oefent de voogdij ook uit over kinderen die reeds onder de materiële bewaring van het O.C.M.W. staan, en van wie de ouders geheel of gedeeltelijk ontzet worden van het ouderlijk gezag op grond van de Jeugdbeschermingswet. In dat geval kan (de sociale dienst bij) de jeugdrechtbank de voogdij opdragen aan het O.C.M.W. (art. 64 O.C.M.W.-Wet). Het betreft hier slechts een mogelijkheid, geen verplichting: ook in dat geval kan een fysiek persoon belast worden met de provoogdij, overeenkomstig artikel 34 van de Jeugdbeschermingswet.

Als publiekrechtelijk orgaan beschikt het O.C.M.W. waaraan de voogdij wordt opgedragen niet over de mogelijkheid om de voogdij te weigeren. Het O.C.M.W. is verplicht onder haar leden een voogd en een toeziende voogd aan te wijzen (Parlementaire vraag nr. 743 van 23 oktober 2002 en antwoord van de Minister van Justitie van 16 december 2002, aangehaald bij: C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 104).

Artikel 65 van de O.C.M.W.-Wet vervolgt dat de raad voor maatschappelijk welzijn onder haar leden een persoon aanwijst die de taak van voogd zal vervullen alsook een persoon die de taak van toeziende voogd zal vervullen. De voogd is belast met de zorg voor de persoon van de pupil, met inbegrip van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Een en andere aanwijzing zou ook kunnen, naargelang van het geval, wanneer de vrederechter enkel een voogd maar geen toeziende voogd of enkel een toeziende voogd maar geen voogd bereid vindt (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 24, nr. 13).

De keuze van de persoon van de voogd en van de toeziende voogd ontsnapt dus volledig aan de bevoegdheid van de vrederechter. Daar komt bij dat het mandaat van de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn zes jaar belooft, hetgeen niet overeenstemt met de duurtijd van een voogdij (M. VERRYCKEN, "Openvallen en organisatie van de voogdij", *t.a.p.*, p. 49, nr. 129). Het einde van hun mandaat betreft een wettige reden tot vervanging in de zin van artikel 396, tweede lid B.W. (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 9, nr. 43).

Indien de kinderen goederen bezitten, oefent de ontvanger ten aanzien van die goederen dezelfde functies uit als ten aanzien van de goederen van het centrum. Als waarborg voor de voogdij geldt de zekerheid gesteld door de ontvanger (art. 66 O.C.M.W.-Wet).

De kapitalen die aan die kinderen toebehoren of ten dele vallen, worden belegd bij de "A.S.L.K." of gebruikt voor de aankoop van obligaties of kasbons uitgegeven door de overheid (art. 67 O.C.M.W.-Wet).

Een en ander maakt dat niet alleen de organisatie van de voogdij maar ook de controle erop geheel aan de vrederechter ontsnapt, wat allerminst lijkt te beantwoorden aan de van oudsher bestaande behoefte aan een gemoderni-

seerde voogdij (M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 49, nr. 130).

Aan de publiekrechtelijke voogdij van het O.C.M.W. komt een einde in de volgende gevallen:

- bij de meerderjarigheid van de pupil;
- bij zijn ontvoogding;
- wanneer ten aanzien van de pupil wordt voorzien in een voogdij van gemeen recht (art. 68, *sub* 1° O.C.M.W.-Wet);
- in geval van gewone adoptie, volle adoptie, pleegvoogdij of erkenning (art. 68, *sub* 2° O.C.M.W.-Wet);
- in geval van herstel van de ouders in de rechten waarvan ze ontzet waren op grond van de Jeugdbeschermingswet (art. 68, *sub* 2° O.C.M.W.-Wet);
- in geval van overlijden van de pupil.

Naast de publiekrechtelijke voogdij van het O.C.M.W. kan de minderjarige door zijn ouders, door zijn voogd of desnoods door een bevoegd overheidsorgaan, onder de materiële bewaring van het O.C.M.W. geplaatst worden. In zo'n geval gaat het uitsluitend om het verlenen door het O.C.M.W. van materiële en immateriële bijstand aan het kind: het O.C.M.W. staat alleen in voor het toezicht op en het onderhoud en de opvoeding van de minderjarige, maar het heeft dan niet de bevoegdheden van het gezag in verband met de staat van de persoon, en het heeft zich ook niet in te laten met de fundamentele opties inzake de opvoeding van het kind.

Op dit vlak heeft de wetgever niet strikt de bevoegdheden afgebakend enerzijds van de instanties inzake jeugdbescherming (comité voor bijzondere jeudzorg en bemiddelingscommissie voor bijzondere jeugdbijstand) en anderzijds van de O.C.M.W.'s.

De algemene idee is wel dat het O.C.M.W. instaat voor de eerstelijns hulp en -opvang, terwijl de jeugdbeschermingsorganen tussenkomen in de zogeheten “problematische opvoedingssituaties” (zie hierover o.m.: R.v.St. 19 november 1982, nr. 22.678; R.v.St. 16 maart 1990, nr. 34.372).

De inkomsten van de goederen en van de kapitalen die toebehoren aan de minderjarigen die ofwel onder voogdij ofwel onder de materiële bewaring staan van een O.C.M.W., kunnen tot hun vertrek ten bate van dit O.C.M.W. geïnd worden tot beloop van de gemaakte kosten (art. 103 O.C.M.W.-Wet). Het betreft hier een wettelijk vruchtgenot ten bate van het O.C.M.W. dat niet onderworpen is aan de regels van het gemeenschappelijke wettelijke vruchtgenot van de ouders.

Indien een minderjarige die onder de voogdij of onder de materiële bewaring van een O.C.M.W. staat, overlijdt en geen enkele erfgenaam zich aanmeldt, komen diens goederen toe aan het O.C.M.W. (art. 104 § 1, eerste lid O.C.M.W.-Wet).

215 Met de Reparatiwet van 13 februari 2003 is artikel 396 B.W. aangevuld met een vierde lid: het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn stelt binnen acht dagen volgend op de aanwijzing van de voogd en van de toeziende voogd de vrederechter in kennis van hun identiteit. Zo beschikt de vrederechter over alle gegevens die betrekking hebben op de door het O.C.M.W. ingerichte voogdij. De informatieplicht aan de zijde van het O.C.M.W. is “absoluut noodzakelijk” (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 20*). Op die wijze wordt de ontbrekende link met de vrederechter gelegd.

De vraag of deze link de basis is voor een vrederechterlijke controle, blijft evenwel onbeantwoord (vgl.: P. SENAËVE, *a.w.*, II, 2004, p. 212, nr. 1379). Nog steeds is de door de raad voor maatschappelijk welzijn aangewezen voogd niet verplicht enige voogdijrekening (art. 413 B.W.), ook niet bij het einde van de voogdij(opdracht) (art. 415 B.W.), voor de vrederechter neer te leggen. Een voogdijverslag omtrent de persoon van de pupil (art. 420 B.W.) is evenmin aan de orde.

Het was weliswaar de bedoeling om de door de raad voor maatschappelijk welzijn aangewezen voogdijorganen dezelfde wettelijke verplichtingen op te leggen als de gemeenrechtelijke (toezienende) voogd (*Parl. St. Kamer 2001-02, 50 1772/003, p. 2*).

Dit is ook de wens van de vrederechters (C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 150; C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 103).

Een amendement in die zin is echter afgeblazen.

Parl. St. Kamer 2001-02, 50 1772/003, p. 2; Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 20.

Zie dienaangaande ook: W. PINTENS, "De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003", *T.Vred.* 2003, p. 136, nr. 28.

Het stuitte op protest van onder meer de Vereniging van Belgische Steden en Gemeenten (afdeling O.C.M.W.'s) die in een schrijven aan de Commissie voor Justitie van de Kamer gewag maakten van enkele aandachtspunten. De vereniging benadrukt de residuaire aard van de voogdijregeling waarin de O.C.M.W.-Wet voorziet (zie ook: A. VAN KLEEF, "Kinderen en jongeren en hun recht op maatschappelijke integratie", *T.J.K.* 2002, 180). Mede hierom is de door het O.C.M.W. ingerichte voogdij onderworpen aan een specifieke regeling die afwijkt van het Burgerlijk Wetboek. Zo bestaan er specifieke voorschriften voor de ontvanger om het beheer van de goederen van de minderjarige te waarborgen. Het specifieke vloeit evenzeer voort uit het beginsel van de scheiding der machten en de bestuursautonomie van de O.C.M.W.'s.

216 Met de Wet van 29 april 2001 is de bedoelde residuaire aard op de helling geplaatst. Op die manier heeft de wetgever de O.C.M.W.'s in moeilijkheden gebracht (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 18-19*). De mogelijkheid die personen krachtens de wet hebben om de voogdij te weigeren overeenkomstig de civielrechtelijke regelgeving, zet de vrederechters ertoe aan de O.C.M.W.'s aan te wijzen als voogd, uiteraard na te zijn nagegaan of de voorwaarden om deze instanties met de voogdij te belasten voorhanden zijn. De O.C.M.W.'s kunnen die opdracht niet weigeren, zodat hun diensten de voogdij moeten uitoefenen over steeds meer minderjarigen (P. SENAËVE, *a.w.*, II, 2004, p. 211-212, nr. 1376). Deze toename van het aantal gevallen van administratieve voogdij zorgt voor problemen. Voorts krijgen de O.C.M.W.'s de taak de voogdij uit te oefenen over verlengd minderjarigen en over minderjarigen die sociaal onaangepast gedrag vertonen. Het ontbreekt de O.C.M.W.'s de benodigde diensten en het geschikte personeel om aan alle verzoeken behoorlijk tegemoet te komen.

Bij de parlementaire voorbereiding van de Reparatiewet van 13 februari 2003 rijzen (nogmaals) de volgende vragen: "Welke maatregelen denkt de wetgever te nemen om de residuaire aard van de voogdijregeling waarin de O.C.M.W.-Wet voorziet, te vrijwaren? Welke alternatieven kunnen worden overwogen om het aantal bij de O.C.M.W.'s ingestelde gevallen van voogdij te beperken"?

Eens te meer blijven deze vragen open ...

217 Schrijvende toestanden blijven mogelijk: vele vrederechters worden geconfronteerd met de weigering van het O.C.M.W. om hun wettelijke taak op te nemen (art. 63 tot 68 O.C.M.W.-Wet). Aldus botste de Vrederechter te Herstal op de weigering van het bevoegde O.C.M.W. om zich te ontfemen over een zwaar gehandicapte verlengd minderjarige: de pupil is geplaatst in een gespecialiseerde inrichting, de ouders zijn overleden en geen van de familieleden wenst de belastende taak van (toeziende) voogd te dragen (Vred. Herstal 13 juni 2002, *T. Vred.* 2004, 235, noot; zie ook: C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 150-152; C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 104-105; M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart 2001 en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 71-72). De pupil beschikt enkel over een tegemoetkoming voor gehandicapten die echter helemaal wordt opgeslorpt door de plaatsingskosten en de zorgen die zijn toestand vereist. De vrederechter informeert bij het openbaar ministerie, zij het zonder direct resultaat. Uiteindelijk stelt de vrederechter ten titel van voorlopige maatregel (in de zin van art. 391 B.W. en zodoende zonder contradictoir debat) plaatsvervangende vrederechters aan respectievelijk als voogd en als toeziende voogd, zij het met vergoeding ten laste van het O.C.M.W.: “Il y a lieu de pallier à cette violation intolérable de l’ordre public et de désigner à l’incapable un tuteur et un subrogé-tuteur provisoires afin de suppléer à la carence du C.P.A.S., dont la mission prendra fin de plein droit le jour où le C.P.A.S. de la commune daignera enfin respecter ses obligations légales. Il y a lieu de procéder à la réorganisation provisoire de la tutelle en tenant compte du fait que celle-ci reste confiée au C.P.A.S., qui assumera dès lors les conséquences financières de sa carence en rémunérant le tuteur et le subrogé-tuteur, l’incapable ne pouvant être préjudicié par la nécessité dans laquelle il se trouve ainsi placé de se voir désigner, pour le protéger, des professionnels” (Vred. Herstal 25 juni 2002, *T. Vred.* 2004, 236, noot).

AFDELING IV

GRONDEN VAN ONBEKWAAMHEID

§ 1. Gronden van onbekwaamheid

A. KENMERKEN

218 De gronden van onbekwaamheid (of: “onbevoegdheid”; R. DEKKERS, *Handboek van burgerlijk recht, I, Inleiding – Personenrecht – Zakenrecht – Overschrijving – Verjaring*, Brussel, Bruylant, 1956, p. 313, nr. 486), die rechtstreeks het belang van de pupil beogen, onderscheiden zich van de in artikel 396, tweede lid B.W. bedoelde gronden tot ontlasting. Deze laatste werken eerder in het belang van de (toeziende) voogd (G. BAERT, *Familieraad*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1963, p. 44, nr. 54). Voorts vertonen de gronden tot ontlasting een facultatief karakter, terwijl dit niet het geval is voor de gronden van onbekwaamheid. Waar de aangeduide (toeziende) voogd ge-

beurlijk de zich aandienende grond tot ontlasting kan verzaken, komt het de onbekwame niet toe de zich aandienende grond van onbekwaamheid naast zich neer te leggen ten einde alsnog zijn taak te vervullen. Men veronderstelt dat de betrokkene zijn taak niet wil neerleggen, hoewel hij ze niet behoorlijk kan vervullen (R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 313, nr. 486). De vrederechter kan geen een onbekwame benoemen (art. 393 B.W.), evenmin de ouderlijke aanwijzing van een onbekwame homologeren (art. 392, vijfde lid B.W.). De gronden van onbekwaamheid zijn *a priori* en *in abstracto* onverenigbaar met het waarnemen van een (toeziende) voogdijopdracht. Zij hebben een dwingend karakter en krijgen van rechtswege uitwerking (G. VAN OOSTERWYCK, *t.a.p.*, p. 235, nr. 320). Ze treffen de betrokkene zonder enige rechterlijke tussenkomst (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 102, nr. 84). De (toeziende) voogdijopdracht eindigt van rechtswege ingevolge de uitspraak van onbekwaamverklaring (Gent 13 februari 1897, *Pas.* 1897, II, 238; M. VERRYCKEN, "Openvallen en organisatie van de voogdij", *t.a.p.*, p. 50, nr. 132). In geval van discussie kan de vrederechter hoogstens het al dan niet voorhanden zijn van de grond van onbekwaamheid vaststellen, zonder in dezen over enige beoordelingsbevoegdheid te beschikken (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 60, nr. 112; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, VII, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, Durand-Hachette et Cie, 1870, p. 290-291, nr. 496; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 102, nr. 84).

219 Waar de wettige redenen in de zin artikel 396, tweede lid B.W. rekbaar zijn, staat het buiten kijf dat voor elke grond van onbekwaamheid moet kunnen worden teruggevallen op een wettekst, die bovendien strikt te interpreteren is.

Zie: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Théorie et pratique de droit civil*, V, *Des personnes*, Parijs, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1908, p. 517, nr. 449; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, I, art. 1-515, Brussel, Bruylant, art. 442, p. 533, nrs. 1 en 10; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 631, nr. 513.

De bekwaamheid is en blijft de regel, de onbekwaamheid de uitzondering. Dit neemt uiteraard niet weg dat de geest van de wet sowieso moet wijken voor een letterlijke lezing (C. AUBRY en C. RAU, *Droit civil français*, I (door A. PONSARD), Parijs, Librairies techniques, 1964, p. 696, nr. 411).

220 In tegenstelling tot de gronden tot uitsluiting of ontzetting, zijn de gronden van onbekwaamheid niet *per se* terug te brengen tot een foutieve gedraging van de persoon die erdoor getroffen wordt, doch wel tot hetzij zijn staat, hetzij zijn verhouding ten aanzien van de pupil (leidende tot de maatregelen bedoeld in de art. 29-32 Jeugdbeschermingswet).

Het oude artikel 442 B.W. bepaalde nog als grond van onbekwaamheid: "zij die zelf of wier vader of moeder tegen de minderjarige een rechtsgeding voeren, waarbij de staat van deze minderjarige, zijn vermogen of een aanzienlijk gedeelte van zijn goederen, betrokken zijn".

Zie hierover: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 44, nr. 54; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 516, nr. 448; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 634, nr. 710.

In de nieuwe tekst betreft dit geen onbekwaamheid meer, maar, zij het in een modernere versie, een reden tot uitsluiting van de voogdij.

Daar zij geen straf omvatten, kunnen zij dus bezwaarlijk als een vernedering aan de zijde van de betrokkene worden aangezien (Rb. Brussel 19 januari 1889, *Pas.* 1889, III, 114; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 270, nr. 461).

221 De onbekwaamheden kunnen blijken naar aanleiding van de benoeming van de (toeziende) voogd, dan wel naar aanleiding van de homologatie van de ouderlijke aanwijzing van een voogd: in voorkomend geval weigert de vrederechter de benoeming of de homologatie. De onbekwaamheden kunnen ook nadien, in de loop van de (toeziende) voogdij, blijken: dan moet de voogd onmiddellijk worden vervangen (art. 401 B.W.; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 10, nr. 45).

B. TOEPASSINGSGEBIED

222 De gronden van onbekwaamheid betreffen uiteraard in de eerste plaats de (kandidaat-)voogd zelf: de wetgever acht hem onbekwaam om zijn voogdijopdracht naar behoren te kunnen waarnemen. Zo de grond van onbekwaamheid reeds op het ogenblik van de benoeming voorhanden is, kan de betrokkene eenvoudigweg niet in functie treden. De vrederechter kan geen onbekwame tot voogd benoemen. Evenmin kan hij de ouderlijke aanwijzing van een onbekwame voogd homologeren.

223 Daarnaast verklaart artikel 402, derde lid B.W. het bedoelde artikel 397 B.W. ook ten aanzien van de toeziende voogd toepasselijk.

Zie reeds: R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 323, nr. 504; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 634-635, nr. 711.

De voorschriften van artikel 397 B.W. gelden dus ook voor laatstgenoemde.

224 Krachtens de oude artikelen 442 B.W. *juncto* 445 B.W. waren de gronden van onbekwaamheid eveneens van toepassing ten aanzien van de leden van de familieraad. Diezelfde gronden van onbekwaamheid die het onmogelijk maken een (toeziende) voogdijopdracht op zich te nemen, belemmerden tevens het lidmaatschap van de familieraad. Aldus kon bv. een minderjarige niet aan de familieraad deelnemen.

Met de afschaffing van de familieraad, is de vermelde extrapolatie thans zonder voorwerp.

225 Ongeacht of het de voogd dan wel de toeziende voogd betreft, de draagwijdte van de gronden van onbekwaamheid is telkenmale dezelfde.

Zie reeds: C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 301-302, nr. 512.

§ 2. Personen die niet de vrije beschikking over hun goederen hebben

226 De eerste groep van onbekwamen zijn de “personen die niet de vrije beschikking over hun goederen hebben” (art. 397, *sub* 1° B.W.). De parlementaire voorbereiding preciseert dat het hier gaat om minderjarigen, onbekwamen, personen in staat van verlengde minderjarigheid, personen bijgestaan door een gerechtelijk raadsman en personen aan wie een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd krachtens artikel 488*bis* B.W. (*Parl. St. Kamer*

1999-2000, 50 0576/001, p. 19). De norm ligt hier duidelijk hoger dan bij de beoordeling van “de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen” in de zin van artikel 389 B.W.

Zie: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 10, nr. 45; zie ook: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 770-771, nr. 1001.

A. MINDERJARIGEN

227 Minderjarigen zijn onbekwaam om een (toezieende) voogdijopdracht op zich te nemen. Waar deze grootste categorie van handelingsonbekwamen, de rechten en plichten waarvan zij titularis zijn, niet zelf en zelfstandig kunnen uitoefenen, zou het uiteraard niet opgaan hen wel toe te laten andermans rechten en plichten uit te oefenen (C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 271, nr. 463). De wetgever maakt hierbij geen onderscheid tussen de niet-ontvoogde minderjarige, wat de regel is, en de ontvoogde minderjarige. Deze laatste is weliswaar slechts gedeeltelijk en bovendien beperkt handelingsonbekwaam: toch acht de wetgever hem onbekwaam om andermans vermogen te beheren en, meer algemeen, om andermans belangen te behartigen.

De onbekwaamheid aan de zijde van de ontvoogde minderjarige betreft uitsluitend deze rechtshandelingen die de wet uitdrukkelijk aanwijst; voor alle overige handelingen is de ontvoogde minderjarige handelingsbekwaam.

Hij kan bij de rechtshandelingen waarop de handelingsonbekwaamheid slaat, steeds zelf optreden doch niet zelfstandig.

De aan de voogd toegemeten bevoegdheden zijn ten andere ruimer dan deze van een ontvoogde minderjarige.

De opvatting als zou de ontvoogde minderjarige niet door voormelde onbekwaamheid worden getroffen, daar hij, behoudens andersluidende wetsbepaling, die hier niet voorhanden is, met een meerderjarige wordt gelijkgesteld (zie: *Pand. b.*, XXIV, tw. *Conseil de famille*, Brussel, Larcier, 1887, 622, nr. 43), kan niet worden bijgevalen (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 44-45, nr. 56). De ontvoogding is immers geen vervroegde meerderjarigverklaring (A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, I, *De verbintenissen*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1948, p. 88, nr. 49). De ontvoogde minderjarige komt niet onder het statuut van een meerderjarige te staan, hij wordt niet geheel handelingsbekwaam. Wel is zijn handelingsonbekwaamheid, in tegenstelling tot de niet-ontvoogde minderjarige, zoals gezegd, slechts gedeeltelijk en beperkt (P. SENAEVE, *a.w.*, II, 2004, p. 237, nrs. 1461 en 1463-1464).

228 Het oude artikel 442, *sub* 1^o B.W. bepaalde een uitzondering voor de minderjarige ouders, die wel een voogdijopdracht ten aanzien van hun eigen kinderen kunnen waarnemen. Men billijkte deze uitzondering, aldus KLUYSKENS, “door te zeggen dat de liefde, die zij hun kinderen toedragen, de ervaring die hun nog ontbreekt, vervangt” (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 635, nr. 712; zie ook: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 518, nr. 449). Ook de niet-ontvoogde minderjarige, die uiteraard reeds van een voldoende feitelijke

bekwaamheid getuigt, kon rechtsgeldig alle handelingen stellen, zowel in het raam van het ouderlijk gezag, als in het raam van het voogdijgezag over zijn kinderen, met inbegrip van proceshandelingen (Kort Ged. Charleroi 22 februari 1990, *J.T.* 1990, 646).

Nu de voogdij van de langstlevende of de enige ouder is opgeheven (art. 389 B.W.), heeft deze uitzondering geen plaats meer: minderjarigen oefenen over hun kinderen het ouderlijk gezag uit.

229 Kan een minderjarige zelf en zelfstandig het ouderlijk gezag over zijn kinderen uitoefenen?

Elke ouder, ongeacht zijn leeftijd (Cass. 10 december 1931, *Pas.* 1932, I, 4), moet de ingevolge zijn voortplanting op hem drukkende rechten en plichten kunnen vervullen (Rb. Antwerpen 19 april 1955, *R.W.* 1955-56, 442). De handelingsonbekwaamheid die zijn minderjarigheid met zich brengt, betreft immers enkel zijn eigen persoon en zijn eigen vermogen, doch belet geenszins dat hij, zoals een meerderjarige, het gezag over zijn eigen kinderen kan waarnemen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1105-1106, nr. 1195, B).

Veelal wordt voorgehouden dat het zelf en zelfstandig optreden van de minderjarige ouder hoe dan ook beperkt is tot daden van louter beheer, met uitsluiting van de daden die de vervreemding van een vermogensbestanddeel teweegbrengen (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 635, nr. 712; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 488-489, nr. 375). Dit stemt overeen met die rechtshandelingen die een ontvoogde minderjarige sowieso zelf kan stellen, zonder bijkomende formaliteiten, zoals de bijstand van zijn curator dan wel de machtiging van de vrederechter. Voor de andere rechtshandelingen, die het louter beheer overstijgen (zie bv.: art. 481 B.W.), kan de minderjarige ouder dan slechts optreden "met bijstand van zijn curator".

C. DEMOLOMBE (*a.w.*, VII, p. 272, nr. 465) stelt nog: "Il nous semble plus convenable d'appeler le subrogé tuteur, puisqu'il s'agit des affaires de la tutelle à la surveillance de laquelle il est spécialement préposé". Dit voorstel is nu achterhaald: sinds de Wet van 29 april 2001 is een combinatie van ouderlijk gezag met voogdijgezag uitgesloten, zodat de figuur van de toeziende voogd (inzake het ouderlijk gezag) niet aan de orde is.

Elke verwijzing naar het statuut van de ontvoogde minderjarige in dezen lijkt ongepast (vgl.: *Pand. b.*, CXXV, tw. *Tutelle légale*, Brussel, Larcier, 1930, 229, nrs. 19-21). Waar de minderjarige door de enkele omstandigheid van zijn huwelijk wordt ontvoogd (art. 476 B.W.), is dit niet het geval zo hij een kind ter wereld brengt, hetgeen *in se* geen huwelijk onderstelt (Cass. 10 december 1931, *Pas.* 1932, I, 4, noot L.S.).

De minderjarige kan eveneens worden ontvoogd door een gerechtelijke uitspraak, waartoe hij evenwel zelf nooit een verzoek kan indienen.

Elke tussenkomst van een curator is dus uitgesloten. Zo de wetgever de minderjarige ouder, ontvoegd of niet, bekwaam acht om alle handelingen in het raam van het ouderlijk gezag zelf en zelfstandig te stellen, kan men hem bezwaarlijk tot *extra*-legale formaliteiten verplichten (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 102, nr. 85).

Met andere woorden, de minderjarige oefent het ouderlijk gezag over zijn eigen kinderen uit zoals een meerderjarige ouder.

B. GEESTESGESTOORDEN

230 Geestesgestoorden zijn eveneens onbekwaam om een (toeziende) voogdijopdracht op zich te nemen.

Hierbij dienen begrepen te worden alle geestesgestoorden, van zodra hun geestelijke onvolwaardigheid haar neerslag heeft gevonden in een privaatrechtelijk beschermingsstatuut. Zowel de geesteszieken, te weten de personen wier affectieve en volitieve vermogens op een bepaald ogenblik van hun ontwikkeling gestoord worden, als de mentaal gehandicapten, te weten de personen wier intelligentie steeds beduidend beneden een als normaal aanvaard peil is gebleven (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, I, Leuven, Acco, 2004, p. 246, nr. 576), worden bedoeld. De privaatrechtelijke beschermingsstatuten, waaronder zij kunnen ressorteren zijn de gerechtelijke onbekwaamverklaring (art. 489 B.W.), de verlengde minderjarigheid (art. 487*bis* B.W.) en het voorlopig bewind (art. 488*bis*, a B.W.).

231 De vraag rijst of de loutere toevoeging van een gerechtelijk raadsman voor een zwakzinnige (art. 1247 Ger.W.) of een verkwister (art. 513 B.W.) *per se* voormelde onbekwaamheid met zich brengt. Zoals bij de ontvoegde minderjarige is ook hun handelingsonbekwaamheid slechts van het gedeeltelijke en het beperkte type. Hun handelingsonbekwaamheid betreft aldus uitsluitend die rechtshandelingen die door de wet uitdrukkelijk zijn opgesomd. Daarbij komt dat de wet in dezen strikt moet worden geïnterpreteerd.

Uiteraard betreft het feit van de toevoeging van een gerechtelijk raadsman een “wettige reden” in de zin van artikel 396, tweede lid B.W.

Bovendien geldt een van onbekwaamheid getuigend beheer overeenkomstig artikel 398, *sub* 2° B.W. als grond tot uitsluiting of ontzetting.

Hoe dan ook kan een zwakzinnige, met andere woorden een “in mindere mate” geestesgestoorde, of een verkwister, dit wil zeggen hij die door zijn overdreven uitgaven of slecht beheer zijn kapitaal aantast en aan wie dienvolgens een gerechtelijk raadsman werd toegevoegd, bezwaarlijk bekwaam geacht worden om op behoorlijke wijze een (toeziende) voogdijopdracht waar te nemen.

Vgl.: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 518, nr. 449; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 274-275, nrs. 468-469: "Nous ne devons donc pas voir là nécessairement une cause d'incapacité, puisque la loi ne l'a pas prononcée; puisque cette cause pourrait en effet, dans certains cas, ne pas exister; et puisque enfin nous avons un autre moyen d'arriver, dans l'intérêt du mineur, au même résultat en connaissance de cause"; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 632-633, nr. 515: "Ces voies détournées auxquelles nous recourons pour exclure un incapable de la tutelle ne sont pas sans inconvénient; mais c'est le seul moyen légal de combler la lacune de la loi" en A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 635, nr. 712, die enkel op artikel 444, *sub* 2° B.W. terugvallen.

Hoe zouden trouwens zij die hun goederen zelf niet (zonder meer) kunnen vervreemden hieromtrent ten behoeve van hun pupil initiatieven kunnen nemen?

Zie ook: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 45, nr. 59.

Dezelfde redenering geldt voor een te beschermen persoon aan wie een voorlopige bewindvoerder met een beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid is toegevoegd (art. 488*bis*, f § 2 B.W.).

232 De gehuwde persoon ten aanzien van wie een huwelijksvermogensrechtelijke beschermingsmaatregel wordt toegepast, zoals deze neergelegd in de artikelen 220 § 2, 1426 of 1470 B.W., is hierdoor niet *per se* onbekwaam om een (toeziende) voogdijopdracht waar te nemen, althans niet voor zover de bedoelde huwelijksvermogensrechtelijke bescherming niet is bevestigd door een van voormelde privaatrechtelijke beschermingsstatuten. Het gegeven dat een echtgenoot de regels inzake het bestuur van het huwelijksvermogen (art. 1415 e.v. B.W.) met de voeten treedt, impliceert op zich nog geen geestelijke onvolwaardigheid.

233 De toepassing van in de wet neergelegde beschermingsstatuten brengt van rechtswege voormelde onbekwaamheid met zich, zonder dat de vrederechter dienaangaande enige bijkomende beoordelingsbevoegdheid geniet.

Indien het daarentegen een geestesgestoorde betreft ten aanzien van wie er geen privaatrechtelijk beschermingsstatuut is ingesteld, dient de vrederechter gebeurlijk wel tussen te komen om deze feitelijke onbekwaamheid, hetzij als grond tot ontlasting van de (toeziende) voogdijopdracht (art. 396, tweede lid B.W.), hetzij als grond tot uitsluiting of ontzetting in de zin van artikel 398, *sub* 2° B.W. vast te stellen respectievelijk te beoordelen.

Zo deze feitelijke geestesstoornis wordt bevestigd door een publiekrechtelijke maatregel houdende vrijheidsberoving, te weten de gedwongen behandeling in een ziekenhuis (art. 4 Wet van 26 juni 1990 "betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke"), de gedwongen verpleging in een gezin (art. 23 Wet van 26 juni 1990 "betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke") of de internering (art. 7 Wet van 1 juli 1964 "op de bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en de gewoontemisdadigers"), legitimeert dit eens te meer voormelde grond tot ontlasting respectievelijk grond tot uitsluiting of ontzetting (C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 275, nr. 469).

§ 3. Personen ten aanzien van wie de jeugdrechtbank een van de maatregelen heeft bevolen die zijn bedoeld in de artikelen 29-32 van de Wet van 8 april 1965 “betreffende de jeugdbescherming”

234 Deze maatregelen zijn: de controle op de besteding van de kinderbijslag of andere sociale uitkeringen, opvoedingsbijstand en de (volledige of gedeeltelijke) ontzetting van het ouderlijk gezag.

Zij impliceren voor de geviseerde ouder de onmogelijkheid om een (toeziende) voogdijopdracht over andermans kinderen waar te nemen.

235 De ontzetting van het ouderlijk gezag uitgesproken bij toepassing van artikel 32 van de Jeugdbeschermingswet is een maatregel ter bescherming van de minderjarigen en tegelijk een civielrechtelijke sanctie, doch geen straf.

Zie: Cass. 25 mei 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1180.

Overeenkomstig artikel 63, eerste lid van de Jeugdbeschermingswet wordt zij wel vermeld in het strafregister van de betrokkene(n).

De maatregel kan slechts in de limitatief door voormelde bepaling omschreven gevallen worden toegepast. Hij is steeds facultatief. Ook al verkeert de ouder in één van de toepassingsgevallen, toch kan de jeugdrechtbank oordelen dat de ontzetting niet aangewezen is. De maatregel kan worden uitgesproken ten aanzien van alle kinderen van de betrokken ouder, maar ook ten aanzien van één of sommigen van hen. Hij kent geen definitief karakter; de ontzette ouder kan te allen tijde worden hersteld in het ouderlijk gezag.

236 Gedeeltelijke ontzetting slaat enkel op deze rechten die de (jeugd)rechtbank bepaalt (art. 33, *in fine* Jeugdbeschermingswet).

De volledige ontzetting brengt overeenkomstig artikel 33 van de Jeugdbeschermingswet het verlies mee van alle rechten die uit het ouderlijk gezag voortvloeien. Voor degene die erdoor getroffen wordt, betekent ze ten aanzien van de betrokken minderjarige (en ten aanzien van diens afstammelingen) onder meer de onbekwaamheid om hem te vertegenwoordigen, voor zijn handelingen toestemming te verlenen en zijn goederen te beheren.

237 Aan de personen ten aanzien van wie de jeugdrechtbank een van de maatregelen heeft bevolen die zijn bedoeld in de artikelen 29-32 van de Jeugdbeschermingswet is evenzeer de mogelijkheid ontnomen om een (toeziende) voogdijopdracht over andermans kinderen waar te nemen.

§ 4. Wettelijk onbekwame strafrechtelijk veroordeelden

238 De strafwetgever heeft aan bepaalde criminele straffen een burgerlijke onbekwaamheid gekoppeld, krachtens welke aan zekere veroordeelden gedurende een wettelijk bepaalde termijn het recht wordt ontnomen om hun goederen te beheren en erover te beschikken “anders dan bij testament of bij huwelijkscontract” en zelfs om er persoonlijk het genot van te hebben.

Deze wettelijke onbekwaamheid wordt geregeld door de artikelen 21-24 en 89-90 Sw., 444, vierde lid Sv. en 7 Wet van 31 mei 1888 “betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling”. Daarnaast zijn heel wat regels uit het Burgerlijk Wetboek rechtstreeks van toepassing op wettelijk onbekwamen.

De wettelijke onbekwaamheid treft, op enkele uitzonderingen na, iedere crimineel veroordeelde. Het is uiteraard de uitgesproken straf (en niet deze bepaald door de wet) die de wettelijke onbekwaamheid met zich brengt (zie hierover: W. VAN LAETHEM, “Wettelijke onbekwaamheid van veroordeelden”, in A. VANDEPLAS, P. ARNOU en S. VAN OVERBEKE (reds.), *Comm. Straf.*, Mechelen, Kluwer, 1994, p. 6-7, nrs. 4-7).

239 Deze wettelijke onbekwaamheid is geen straf in de eigenlijke zin van het woord, maar een zuiver burgerrechtelijke maatregel.

Zie voor een interessante toepassing: Cass. 2 juni 2000, *T.B.B.R.* 2003, 39, noot S. MOSSELMANS.

Ze treedt van rechtswege in op het ogenblik dat de criminele veroordeling onherroepelijk is geworden, wordt geschorst tijdens de voorwaardelijke invrijheidstelling en vervalt op het moment dat de hoofdstraf volledig is ondergaan (W. VAN LAETHEM, *t.a.p.*, p. 7-16, nrs. 8-32).

Niettemin komt zij in de praktijk eenvoudigweg neer op een *de facto* bijkomende straf voor de daders van zwaardere criminaliteit (J. JANSEN, “L’interdiction légale”, *Bull. Best. Strafinr.* 1950, 112).

240 Het betreft een gedeeltelijke handelingsonbekwaamheid, uitsluitend slaande op de vermogensrechten van de veroordeelde. Naar zijn persoon blijft de wettelijke onbekwaamverkleerde wel handelingsbekwaam. Wat zijn goederen betreft, stelt de wet als uitzondering voorop de bekwaamheid om erover te beschikken bij wege van testament of bij huwelijkscontract. Voor alle overige vermogensrechtelijke handelingen betreft het een volledige handelingsonbekwaamheid. Zolang zijn onbekwaamheid duurt, mag hem geen som, voorschot of gedeelte van zijn inkomsten worden uitgekeerd.

241 Als burgerlijk gevolg van een misdrijf, kan de wettelijke onbekwaamheid zelf nooit het voorwerp uitmaken van een genademaatregel. Het verdwijnen van de wettelijke onbekwaamheid kan slechts het onrechtstreekse gevolg zijn van de kwijtschelding of de vermindering van de oorspronkelijke straf in de mate dat de nieuwe straf geen onbekwaamheid met zich brengt (Brussel 15 april 1843, *Pas.* 1844, II, 178; Gent 29 april 1953, *Rev. fisc.* 1954, (32), 34; G. BAERT, *t.a.p.*, p. 50, nr. 81).

242 De vraag rijst of, nu voormelde wettelijke onbekwaamheid overeenkomstig artikel 22 Sw. aan de veroordeelde de bekwaamheid ontnemt om zijn goederen te beheren en erover te beschikken, een en ander zich ook uitstrekt tot het beheer van andermans goederen.

Volgens een eerste strekking verzet niets zich ertegen dat de wettelijk onbekwame bijvoorbeeld het beheer van de goederen van zijn minderjarige kinderen op zich neemt of nog het beheer van het vermogen van een rechtspersoon,

zij het slechts in de mate dat een andere veroordeling of de vrijheidsberoving zich hiertegen niet verzet (L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, II, Leuven, Acco, 2001, p. 401, nr. 952; W. VAN LAETHEM, *t.a.p.*, p. 25, nr. 56). Aldus oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat “de wettelijke interdictie enkel aan de veroordeelde de bekwaamheid ontnemt om zijn persoonlijke goederen te beheren, daaronder begrepen het inontvangstnemen van gelijk welke sommen, alsmede om over die goederen te beschikken, tenzij bij testament (en bij huwelijkscontract)”, dat “integendeel, de veroordeelde de uitoefening van alle andere rechten behoudt voor zover die uitoefening verenigbaar is met die vrijheidsberoving” en dat “hij derhalve wettelijk bekwaam is gebleven om de uit het ouderlijk gezag voortvloeiende rechten uit te oefenen en namelijk het wettelijke beheer van de goederen van zijn minderjarige kinderen” (Gent 21 november 1949, *R.W.* 1950-51, (214), 216).

Volgens een tweede strekking is het onrealistisch om de onbekwaamheid te beperken tot de eigen goederen. De veroordeelde behoudt in beginsel wel zijn ouderlijk gezag, doch enkel voor zover dit gezag geen vermogensbeheer impliceert (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 50, nr. 79; *Pand. b.*, LIV, tw. *Interdiction légale*, Brussel, Larcier, 1896, 283, nr. 59). Dit maakt ook dat de wettelijk onbekwame geen (toeziende) voogdijopdracht (meer) kan waarnemen.

Wel zij opgemerkt dat de in het buitenland uitgesproken veroordeling in dezen in België geen gevolg heeft.

Zie: L. CRAHAY, L. DESCAMPS, E. TUERLINGS, *Encyclopédie des juges de paix, des greffiers et des officiers du ministère public près les tribunaux de police*, III, Brussel, Larcier, 1898-1907, p. 160 e.v., nrs. 156 e.v.; *Pand. b.*, LIV, tw. *Interdiction légale*, *t.a.p.*, 285, nr. 79.

Zie ook: Luik 26 januari 1854, *Pas.* 1854, II, 145.

AFDELING V

GRONDEN TOT UITSLUITING EN ONTZETTING

§ 1. Gronden tot uitsluiting en ontzetting

A. KENMERKEN

243 Hoewel zij dezelfde inhoud kennen, moeten de gronden tot uitsluiting van deze tot ontzetting worden onderscheiden (C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 269-270, nr. 461 en p. 283-284, nr. 481).

De gronden tot uitsluiting strekken ertoe de kandidaat-(toeziende)voogd *ab initio* van de (toeziende) voogdij uit te sluiten, zodat hij niet in functie kan treden. Zij werken met andere woorden naar de toekomst toe (*Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, Brussel, Larcier, 1891, 33, nr. 4).

De gronden tot ontzetting betreffen daarentegen de reeds in functie getreden (toeziende) voogd, aan wie de (toeziende) voogdijopdracht wordt ontnomen (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 637, nr. 519). Anders dan bij de gronden tot uitsluiting betreft het hier dus het geval van de (toeziende) voogd die reeds gehandeld heeft. De (toeziende) voogdijopdracht valt dan open, zij wordt "vacant" (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 113-114, nr. 280, b).

244 Evenals de gronden van onbekwaamheid, beogen de gronden tot uitsluiting en ontzetting rechtstreeks het belang van de pupil (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 48, nr. 71; R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 314, nr. 487). Dit gegeven moet centraal staan bij de behandeling van twistpunten omtrent uitsluiting en ontzetting (*Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 44-45, nrs. 49-50 en 47, nr. 66).

245 In tegenstelling tot de gronden van onbekwaamheid, hebben zij veeleer een sanctionerend, zelfs een vernederend karakter aan de zijde van de betrokkene (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, *t.a.p.*, p. 613, nr. 325; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 637, nr. 519; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 33, nr. 6). Zij strekken tot afkeuring van het gedrag van de (toeziende) voogd (R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 314, nr. 487). Waar de onbekwaamheid wijst op een feitelijke ongeschiktheid (bv. door een gebrek aan inzicht in de materie) zonder *per se* een verwijt in te houden, wijzen de gronden tot uitsluiting en ontzetting op een schuldige tekortkoming (Rb. Brussel 19 januari 1889, *Pas.* 1889, III, 114).

Zij zijn dan ook strikt te interpreteren.

Zie: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 48, nr. 71; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, I, art. 1-515, Brussel, Bruylant, 1905, art. 444, p. 535, nr. 2; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 637-638, nr. 520 en p. 658, nr. 542; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 34, nr. 11: "Le législateur seul a le droit de flétrir et de punir, l'interprète ne peut donc pas, en cette matière, dépasser la lettre de la loi".

246 Zij zijn algemeen in die zin dat zij zonder onderscheid van toepassing zijn ongeacht de soort voogdij waarover het gaat.

Zie ook reeds: Luik 8 april 1884, *B.J.* 1884, 298; G. BELTJENS, *a.w.*, I, p. 535, nr. 1; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 290, nr. 495; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 638, nr. 521; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 33-34, nrs. 7-9.

247 De uitsluiting beperkt zich eigenlijk tot de door de ouder(s) aangewezen voogd, die zijn (oorspronkelijke) titel haalt in de laatste wilsuiving van de (langstlevende) ouder (art. 392 B.W.).

Voor de (toeziende) voogd die zijn titel (rechtstreeks) haalt in de benoemingsbeslissing van de vrederechter, hoeft het niet tot een uitsluiting in de eigenlijke zin van het woord te komen. Zo op het ogenblik van de benoeming reeds een grond tot uitsluiting voorhanden is, zal de vrederechter de betrokkene een-

voudigweg niet als voogd respectievelijk toeziende voogd benoemen (C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 270, nr. 461).

De ontzetting kan daarentegen aan zowel de door de ouder(s) aangewezen voogd als aan de door de vrederechter aangeduide voogd, evenals aan de toeziende voogd te beurt vallen.

248 Waar de gronden van onbekwaamheid van rechtswege effect sorteren en de discussie zich hoogstens uitstrekt tot het al dan niet voorhanden zijn van de bedoelde grond van onbekwaamheid, is er steeds mogelijkheid tot betwisting over de opportuniteit van de gronden tot uitsluiting of ontzetting. Hierbij geniet de vrederechter wel degelijk een beoordelingsbevoegdheid.

Zie: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Théorie et pratique de droit civil*, V, *Des personnes*, Parijs, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1908, p. 522, nr. 451; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 103-104, nr. 86; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 10, nr. 46.

De vrederechter beoordeelt de *in casu* opgeworpen gronden tot uitsluiting en ontzetting, die niet zonder meer voortvloeien uit bepaalde feiten, zoals bijvoorbeeld het faillissement van de betrokkene.

Zie: G. BELTIJENS, *a.w.*, I, art. 444, p. 537, nr. 23; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 105, nr. 87; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 289, nr. 492; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 641, nr. 523; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 49, nr. 75.

Enkel de afzetting en de ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten treden van rechtswege in, eens zij zijn uitgesproken door de strafrechter (C. AUBRY en C. RAU, *Droit civil français*, I (par A. PONSARD), Parijs, Librairies techniques, 1964, p. 698, nr. 413): hier is geen enkele (beoordelings)-bevoegdheid aan de vrederechter voorbehouden (Rb. Luik 29 november 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 183).

249 Is een gedeeltelijke ontzetting mogelijk? Kan met andere woorden de (toeziende) voogd enkel wat betreft het gezag over de persoon van de pupil dan wel enkel wat betreft het vermogensbeheer worden ontzet? Zo'n gedeeltelijke ontzetting zou dan aanleiding geven tot een splitsing van de voogdij in de zin van artikel 395 B.W.

De wet sluit deze werkwijze niet uit. Toch lijkt het eenvoudiger om de (toeziende) voogdij rechtstreeks te splitsen, zonder de omweg via de ontzetting (F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving", *t.a.p.*, p. 24, nr. 47). Splitsing is immers mogelijk in de loop van de voogdij. De Vrederechter te Sankt Vith ging eerst over tot de volledige ontzetting van de (enige) voogd om hem vervolgens te herbenoemen als "voogd over de persoon" (Vred. Sankt Vith 6 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 410).

250 Hoewel de wet dit nergens bepaalt, moet worden aangenomen dat de uitsluiting en de ontzetting van de (toeziende) voogdij *in se* geen definitief en onherroepelijk karakter hebben (P. SENAËVE, *a.w.*, II, 2004, p. 183, nr. 1245).

De betrokkene kan dienvolgens bij de vrederechter het herstel in de (toezien)de voogdijopdracht vorderen. Mijsn inziens is dit evenwel enkel mogelijk in geval van uitsluiting of ontzetting wegens kennelijk wangedrag en dan nog enkel voor een andere (toezien)de voogdij of zo de (toezien)de voogdij in kwestie vacant is.

Zie: H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1197, nr. 1285; J.-P. MASSON, "Chronique de jurisprudence (1985-1990): Les personnes", *J.T.* 1991, p. 435, nr. 138, die dit enkel mogelijk acht eens de (toezien)de voogdij vacant is: "Sinon, comment destituer un tuteur en fonction et irréprochable, dans le seul but de permettre à l'ancien tuteur d'exercer à nouveau ses fonctions?"

251 De tegenovergestelde opvatting die vroeger soms werd voorgehouden, is in haar algemeenheid onverenigbaar met artikel 8 E.V.R.M.

Zie bv.: G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 445, p. 537, nr. 1; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 651, nr. 535; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, t.a.p., 56-57, nrs. 128-129.

Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent dat de (ouderlijke) voogd van een niet-ontvoogd minderjarig kind, die eerder ingevolge inmiddels opgeloste psychische problemen uit de voogdij werd ontzet, als bloedverwant van het kind was gerechtigd de bijeenroeping van de familieraad te vragen om deze te laten beraadslagen over zijn vraag tot herstel in de voogdij. Overeenkomstig artikel 8 E.V.R.M. heeft immers eenieder recht op eerbiediging van zijn gezinsleven. Beslissen dat een ontzetting of een uitsluiting van de voogdij definitief en onherroepelijk zou zijn, hoewel het interne Belgische recht dit niet uitdrukkelijk bepaalt, houdt, aldus voormelde Rechtbank, een miskenning in van een van de fundamentele rechten van de mens. Dat ten opzichte van een tijdelijk falende ouder en/of voogd in het belang van het kind beschermingsmaatregelen moeten worden genomen en zijn genomen, kan geen afbreuk doen aan het fundamentele recht op een "gezinsleven" indien de feitelijke omstandigheden die de beschermingsmaatregel noodzakelijk hebben gemaakt, opgehouden hebben te bestaan. De Belgische wetgever heeft trouwens voor de ontzetting van het ouderlijk gezag, wat een verdergaande maatregel is dan de ontzetting of de uitsluiting uit de voogdij, wel de mogelijkheid geboden om de genomen maatregel in te trekken of te wijzigen (art. 60 Jeugdbeschermingswet).

Zie: Rb. Gent 28 november 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, (207), 210-211, vervolgende dat "de ouderlijke voogd die van de voogdij en niet van het ouderlijk gezag is ontzet, dan ook niet het recht kan worden ontnomen om de gegrondheid van zijn vraag tot herstel in de voogdij door de familieraad te laten beoordelen".

B. TOEPASSINGSGBIED

252 De gronden tot uitsluiting en ontzetting gelden uiteraard in de eerste plaats voor de voogd zelf.

253 Daarnaast verklaart artikel 402, derde lid B.W. de bedoelde artikelen 398-399 B.W. ook ten aanzien van de toezien)de voogd toepasselijk.

Zie reeds: R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 323, nr. 504; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 634-635, nr. 711.

De voorschriften van de artikelen 398-399 B.W. gelden dus ook voor laatstgenoemde.

254 Ongeacht of het de voogd dan wel de toeziende voogd betreft, de draagwijdte van de gronden van uitsluiting en ontzetting is telkenmale dezelfde. Hetgeen hierna volgt voor de voogd geldt dus in dezelfde mate voor de toeziende voogd.

§ 2. Kennelijk wangedrag

255 Onder wangedrag wordt traditioneel begrepen het ongebonden en ongeregelde leven (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 49, nr. 74; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713), "le dérèglement des mœurs" (G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 444, p. 535, nr. 3; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 641, nr. 523), in de meest ruime zin.

Het betreft aldus elk wangedrag dat in aanvaring komt met de zeden zoals ze zich in de tijdgeest van een bepaalde maatschappij situeren.

Zie: F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 641-642, nr. 523: "L'inconduite ne concerne que les mœurs".

Het wangedrag kan eventueel met vermogensbeheer verband houden.

Zie: G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 444, p. 536, nr. 15 (vgl. wel: p. 535, nr. 3); C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 285, nr. 484, die terecht oordeelt: "que le mot inconduite est assez compréhensif pour s'entendre du désordre dans les affaires et que cette cause d'exclusion ou de destitution pourrait être appliquée à celui qui, même sans immoralité, dissiperait et gaspillerait déraisonnablement son patrimoine"; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 44, nrs. 47-48; anders: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 521-522, nr. 451; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 641-642, nr. 523.

Aan de persoon van de pupil is hier geen bijzondere aandacht besteed: het spreekt nochtans voor zich dat de litigieuze feiten evengoed de persoon van de pupil kunnen betreffen (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 10, nr. 46).

256 De feiten moeten:

– kennelijk

(G. BAERT, *t.a.p.*, p. 49, nr. 74 en p. 61, nr. 117; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713),

– alom bekend

(Brussel 11 december 1899, *Pas.* 1900, II, 173; Rb. Brussel 26 maart 1904, *Pas.* 1904, III, 293; R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 314, nr. 487),

– dan wel notoir zijn

(C. AUBRY en C. RAU, *a.w.*, I, p. 698, nr. 413; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 522, nr. 451; G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 444 B.W., p. 535, nr. 3; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 285-286, nr. 485; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 640-641, nr. 523; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 45, nrs. 53-55),

in die zin dat zij gebeurlijk de zedelijke of vermogensrechtelijke belangen van de pupil kunnen schaden.

Zie: G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 880, nr. 1413; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 287, nr. 487.

257 Klassieke voorbeelden zijn frauduleuze praktijken, diefstal, buitensporige dronkenschap, misbruik van vertrouwen, gewelddaden, ...

Zie voor een schrijnende toepassing (vader doodt moeder): Familieraad van 14 januari 1999 gehouden voor de Vrederechter te Barvaux (*T.Vred.* 2002, 388) en vervolgens gehomologeerd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Marche-en-Famenne op 25 maart 1999.

Zij hoeven zich evenwel niet noodzakelijkerwijze in de strafrechtelijke sfeer te situeren. Het komt erop neer dat de familieleden en naasten in ieder geval voldoende op de hoogte zijn, alleen al door hetgeen zij te zien en te horen kregen (G. BELTIJENS, *a.w.*, I, art. 444, p. 536, nr. 7bis; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713). In beginsel is hierbij enig (bijkomend) onderzoek naar de feiten zelf uit den boze (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 104, nr. 87). De verificatie van de reeds bekende feiten kan uiteraard wel (C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 286-287, nr. 486; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 44, nr. 56). De wetgever wil hiermee de inmenging in het privé-leven van de betrokkene tot een minimum herleiden. Een strafrechtelijke veroordeling volstaat om het notoire karakter van de feiten te bewerkstelligen (Rb. Luik 29 november 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, (183), 184; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 104, nr. 87).

258 Het wangedrag moet bovendien samenvallen met de voogdij (N. GALUS, “Chronique de jurisprudence (1982-1984): Les personnes”, *J.T.* 1986, p. 203, nr. 96). Het moet met andere woorden actueel zijn in die zin dat in beginsel geen rekening gehouden wordt met feiten die zich in een verder verleden situeren.

Zie: Cass. 21 november 1946, *R.W.* 1947-48, 1247; Gent 18 december 1880, *Pas.* 1881, II, 132; Rb. Luik 1 maart 1983, *Jur. Liège* 1983, 222; G. BELTIJENS, *a.w.*, I, art. 444, p. 535, nr. 4; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 51, nr. 139.

§ 3. Beheer getuigend van onbekwaamheid (ongeschiktheid) of ontrouw

259 De ongeschiktheid of ontrouw moeten met een beheer verband houden. Veelal zal dit het eigenlijke voogdijbeheer betreffen.

Ze moeten evenwel niet noodzakelijkerwijze volgen uit een schending van de regels van het voogdijrecht.

Zie: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 49, nr. 74; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc. (Causes de)*, *t.a.p.*, 46, nrs. 60-61; vgl.: H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 104-105, nr. 87 en P. SENAËVE, *a.w.*, II, 2004, p. 183, nr. 1243, die in dezen (blijkbaar) de onbekwaamheid van de ontrouw onderscheiden; anders: F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 642-644, nrs. 524-526.

Ook ongeschiktheid of ontrouw naar aanleiding van een ander (soort) vermogensbeheer en zelfs het gebeurlijke wanbeheer van eigen zaken, bijvoorbeeld veruitwendigd in een faillissement, komen in aanmerking (Rb. Brussel 19 januari 1889, *Pas.*, 1889, III, 114; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637-638, nr. 713). Waar bijvoorbeeld een niet-frauduleus faillissement zou kunnen wijzen

op een ongeschiktheid, zou een frauduleus faillissement dan weer op ontrouw aan de zijde van de betrokkene kunnen wijzen, telkenmale te appreciëren door de vrederechter (W. PINTENS, “De ontzetting uit de voogdij wegens ontrouw in het beheer”, noot onder Cass. 25 september 1989, *R.W.* 1990-91, p. 51, nr. 2; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 52, nr. 140).

260 Het doet er niet toe of het wanbeheer slaat op een openbaar, dan wel op een privaat beheer (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 49, nr. 74; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713).

261 Dit mag een vroeger wanbeheer zijn (C. AUBRY en C. RAU, *a.w.*, I, p. 697, nr. 413, voetnoot 7; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 288-289, nr. 491). Zoniet zou de uitsluiting van de kandidaat-voogd uit de voogdij wegens ongeschiktheid of ontrouw niet mogelijk zijn en zou artikel 398 B.W. enkel gronden tot ontzetting betreffen (C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 288-289, nr. 491; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713).

Het zij wel duidelijk dat de ontzetting uit de voogdij billijkheidshalve enkel mogelijk kan zijn voor feiten die zich in de loop van de voogdij hebben voorgedaan of die ten minste slechts dan bekend zijn geworden. Aldus kunnen feiten die zich vóór de voogdijperiode situeren en aldus in volle omvang bekend waren op het ogenblik van de benoeming van de voogd, achteraf niet meer dienen tot zijn ontzetting. Hetzelfde geldt voor de reeds in functie getreden door de ouder(s) aangewezen voogd, die niet *ab initio* van zijn voogdijopdracht werd uitgesloten. Die feiten zijn als het ware door de benoeming respectievelijk de homologatie “gedekt” (W. PINTENS, “De ontzetting uit de voogdij wegens ontrouw in het beheer”, *t.a.p.*, p. 51, nr. 2).

262 Elke grove tekortkoming zowel inzake het beheer van de goederen als inzake het gezag over de persoon komt in aanmerking.

Zie: Cass. 25 september 1989, *R.W.* 1990-91, 50, noot W. PINTENS; Brussel 20 januari 1891, *Pas.* 1891, II, 237; Luik 5 december 1906, *Pas.* 1907, II, 143; Gent 5 februari 1949, *Pas.* 1950, II, 2; Gent 17 december 1987, *Pas.* 1988, II, 73; G. BAERT, *t.a.p.*, p. 49, nr. 74; G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 880, nr. 1413; G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 444, p. 536, nr. 9; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 288, nr. 490; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 105, nr. 87; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 644, nr. 526; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 51, nr. 139.

Telkens als de voogd bij een beheer heeft blijk gegeven van een gebrek aan bekwaamheid of vertrouwenswaardigheid, moet hij in het belang van de pupil uit de voogdij kunnen worden uitgesloten of ontzet.

Zie: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 522, nr. 451, die oordeelt: “Quand un homme a déjà fait preuve d’incapacité ou d’infidélité dans la gestion de ses affaires ou celles d’autrui, il serait dangereux de lui confier une tutelle. Il peut donc être exclu de la tutelle. Et, si c’est dans la gestion même de la tutelle dont il est chargé qu’il s’est montré incapable ou infidèle, il convient de lui retirer cette tutelle”; W. PINTENS, “De ontzetting uit de voogdij wegens ontrouw in het beheer”, *t.a.p.*, p. 51, nr. 2.

263 Eén grove tekortkoming volstaat op zich. Bewijs door alle middelen rechtens is mogelijk (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 105, nr. 87).

264 In dezen vereist de wetgever geen notoir karakter (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 105, nr. 87).

265 Het is evenmin vereist dat de belangen van de pupil worden geschaad.

Zie: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1994, p. 2342, nr. 524; C. GODMAY en M. GANTOIS, "La tutelle des mineurs à l'aube du XXI^e siècle", in G. BENOIT, F. LIEVENS en L. LOUSBERG (eds.), *Compétences des Juges de Paix et des Juges de Police (1892-1992)*, Brugge, die Keure, 1992, 76-78; J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 435, nr. 138; C. DE BUSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *t.a.p.*, p. 384-385, nr. 64.

De betrokkene kan ten andere reeds van de voogdij worden uitgesloten op grond van een wanbeheer dat geen verband houdt met de voogdij en dat dienvolgens sowieso voor de pupil geen enkel nadelig gevolg heeft (W. PINTENS, "De ontzetting uit de voogdij wegens ontrouw in het beheer", *t.a.p.*, p. 51, nr. 2).

Het Hof van Cassatie stelde terecht dat het Hof van Beroep te Gent, door te overwegen dat "het vaststaat dat de voogd, zonder toestemming van de toezienende voogd en zonder medewerking van de familieraad, eenzijdig, namens de te beschermen persoon heeft ingestemd met de pachtovereenkomst door de afgaande pachter aan zijn eigen zonen", dat "de voogd niet kan en mag optreden indien het waarnemen van de belangen van de minderjarige in strijd is met zijn belangen" en dat "het beheer van de voogd die toch zijn toestemming geeft, getuigt van ontrouw, zodat de beslissing van de familieraad die besliste tot ontzetting van de voogd, terecht werd gehomologeerd" en aldus oordelende "op grond van de vaststelling dat de voogd, met miskenning van (het oude) artikel 420 B.W., de belangen van de te beschermen persoon heeft waargenomen, hoewel zij met zijn belangen in strijd waren", wettig heeft kunnen beslissen dat het voogdijbeheer in dezen getuigt van ontrouw (Cass. 25 september 1989, *R.W.* 1990-91, 50, noot W. PINTENS).

266 Een interessante toepassing ligt voor in een beschikking van 6 maart 2002 van de Vrederechter te Sankt Vith (Vred. Sankt Vith 6 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 410).

Overeenkomstig artikel 89 § 2 van de Wet van 29 april 2001 gaat de vrederechter over tot herinrichting van een bestaande voogdij over een persoon in staat van verlengde minderjarigheid (na het overlijden van vader en moeder, na het overlijden van de enige ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat of bij vervanging van het ouderlijk gezag door voogdij). De pupil woont samen met de voogd (haar zus) en de toezienende voogd (hun broer). De woning is eigendom van de voogd, terwijl zowel de pupil als de toezienende voogd een (zakenrechtelijk) "recht van bewoning" genieten.

De bedoelde voogdijrekening toont aan dat, wanneer de pupil ten tijde van het ontstaan van de voogdij (in 1994) spaargelden had ten bedrage van 43.755,54 EUR, er (einde 2001) nog slechts 495,79 EUR overblijven. Naar aanleiding van een onderhoud met de voogd en de toezienende voogd

leert de vrederechter “dat de voogd met medeweten van de toezienende voogd de ontbrekende gelden van de pupil (43.259,75 EUR) zonder machtiging van de familieraad geïnvesteerd heeft in de renovatie van de bedoelde woning”.

Zonder enige machtiging besteedt een voogd de spaargelden van de pupil bij de renovatie van een persoonlijke woning, zij het dat de pupil en de toezienende voogd er een zakenrechtelijk “recht van bewoning” genieten. Naar het oordeel van de vrederechter geeft deze handelwijze blijk van “onverantwoord beheer van andermans goederen”, reden waarom hij de voogd ontzet (art. 398, *sub* 2° B.W.). De vrederechter overweegt dat weliswaar “de voogd en de toezienende voogd die van de vermelde handelwijze op de hoogte was, hun verontschuldigen hebben aangeboden”, “zij hebben verklaard zich niet met de bedoelde gelden te willen verrijken” en “zij enkel het belang van hun verlengd minderjarige zus wilden dienen nu de bedoelde renovatie de woonkwaliteit voor elk van hen zou verbeteren”. Niettemin acht de vrederechter de toch wel aanzienlijke besteding van de gelden al te gortig, zodat de in artikel 398, *sub* 2° B.W. bedoelde “ontrouw” aan de orde is.

De Vrederechter te Herstal gaat over tot ontzetting van de voogd en de toezienende voogd die zich allesbehalve inlaten met het lot van hun verlengd minderjarige pupil (C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 154).

§ 4. Zij die zelf of van wie de echtgenoot, de wettelijk samenwonende, de feitelijk samenwonende, een bloedverwant in de opgaande lijn of een bloedverwant in de nederdalende lijn tegen de pupil een rechtsgeding voeren waarbij de staat van de pupil, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van zijn goederen zijn betrokken

267 Zijn eveneens uitgesloten van de voogdij of kunnen, indien zij de voogdij reeds uitoefenen, daaruit worden ontzet, zij die zelf of van wie de echtgenoot, de wettelijk samenwonende, de feitelijk samenwonende, een bloedverwant in de opgaande lijn of een bloedverwant in de nederdalende lijn tegen de pupil een rechtsgeding voeren waarbij de staat van de pupil, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van zijn goederen zijn betrokken (art. 398, *sub* 3° B.W.).

268 Deze tekst houdt een verruiming in van het oude artikel 442, *sub* 3° B.W. dat de bedoelde grond (tot uitsluiting of ontzetting) nog (eerder ten onrechte) als een “onbekwaamheid” catalogeerde: konden geen voogd of lid van de familieraad zijn “zij die zelf of wier vader of moeder tegen de minderjarige een rechtsgeding voeren, waarbij de staat van deze minderjarige, zijn vermogen of een aanzienlijk gedeelte van zijn goederen betrokken zijn”.

Zie hierover: *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 30-31.

269 De wetgever wil de betrokkene niet tussen zijn taak en zijn eigenbelang plaatsen (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 634, nr. 517). Hij vreest dat in dit geval een optimale behartiging van de belangen van de pupil door die persoon wiens

eigen belangen in belangrijke mate met deze van de pupil in strijd zijn, in het gedrang zou komen (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 636, nr. 712).

270 Gelet op de vooropgestelde strikte interpretatie met betrekking tot de gronden tot uitsluiting en ontzetting, is eens te meer een correcte afbakening van de toepassingsvoorwaarden van artikel 398, *sub* 3° B.W. aangewezen.

Zie: F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 634-635, nr. 517: “Dès qu'on s'écarte du texte, on tombe dans l'arbitraire le plus absolu” (zie ook: p. 654-655, nr. 539).

271 Vooreerst speelt voormelde bepaling enkel zo er een geding hangende is voor een rechtscollège (Luik 6 juli 1843, *Pas.* 1844, II, 60; Brussel 12 juni 1882, *Pas.* 1882, II, 253; G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 442, p. 533, nr. 8 en p. 534, nr. 17; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 279, nr. 474). Een zelfs aanzienlijke twist met de betrokkene of zijn naasten, ook al is die algemeen bekend, doet de in artikel 398, *sub* 3° B.W. neergelegde grond tot uitsluiting of ontzetting niet ontstaan (*Pand. b.*, XXIV, tw. *Conseil de famille, t.a.p.*, 636, nr. 118). Zij kan evenmin worden uitgebreid tot het geval waarin blijkt dat een rechtsgeding had moeten worden gevoerd of onmiddellijk aanhangig had moeten worden gemaakt. Kunnen aldus wel als (toeziende) voogd fungeren, zij die (evenmin als hun naasten), op het ogenblik van hun aanduiding, respectievelijk oproeping, nog geen partij zijn in het geding, waarbij de staat van de pupil, zijn vermogen of een aanzienlijk gedeelte van zijn goederen betrokken zijn (Gent 3 december 1874, *Pas.* 1875, II, 64; G. BAERT, *t.a.p.*, p. 46, nr. 65). Een reeds definitief afgesloten geding kan evenmin enige grond tot uitsluiting of ontzetting impliceren.

Zo evenwel in de loop van de voogdij een rechtsgeding in voormelde zin wordt opgestart, is de bedoelde grond tot ontzetting voorhanden (G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 442, p. 533, nr. 6; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 635, nr. 517).

272 Enkel zij die persoonlijk procederen tegen de pupil of zij van wie de echtgenoot, de wettelijk samenwonende, de feitelijk samenwonende, een bloedverwant in de opgaande lijn of een bloedverwant in de nederdalende lijn procedeert, vallen onder artikel 398, *sub* 3° B.W.

De in deze bepaling neergelegde grond tot uitsluiting of ontzetting kan bezwaarlijk tot andere personen uitgebreid worden (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 47, nr. 66; G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 442 B.W., p. 534, nr. 19; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 279-282, nrs. 475-476; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 636, nr. 712; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 635, nr. 517).

Aldus vormt het feit dat de schoonouders (Luik 31 december 1841, *Pas.* 1842, II, 35) of de (schoon)broer of (schoon)zus van de betrokkene met de pupil in proces liggen, geen beletsel. In dezelfde zin werd geoordeeld dat bloedverwanten die enkel geïnteresseerd zijn in een vennootschap waartegen de pupil

procedeert, tot de bedoelde functies zijn toegelaten (Luik 18 december 1851, *Pas.* 1852, II, 108).

273 Het geschil moet de staat van de pupil, zijn vermogen of een aanzienlijk gedeelte van zijn goederen betreffen. De wetgever vereist een ernstige belangentegenstelling hieromtrent tussen de betrokkene of diens naaste familie en de pupil (L. CRAHAY, L. DESCAMPS, E. TUERLINGS e.a., *a.w.*, III, p. 163, nr. 172; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 635, nr. 712). Aldus volstaat het niet dat er een rechtsgeding gevoerd wordt, maar is tevens vereist dat hierbij minstens een aanzienlijk gedeelte van het vermogen van de pupil betrokken is (Rb. Luik 11 mei 1844, *B.J.* 1845, 86). Artikel 398, *sub* 3° B.W. is niet van toepassing indien de twist zich beperkt tot het vermogen van de voogd, evenmin indien slechts een weinig beduidend vermogensbestand van de pupil in het geding is (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 635, nr. 712, die als voorbeeld aanhaalt: “het jachtrecht op zekere van zijn goederen”).

Een loutere belangentegenstrijd volstaat hoegenaamd niet. Zoniet, zou ten andere nagenoeg elk familielid van een voogdijopdracht uitgesloten worden.

Zie: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 46, nr. 62.

Een en ander gold *a fortiori* voor de familieraad: aldus oordeelde het Hof van Beroep te Brussel terecht dat de naaste bloedverwanten moeten deel uitmaken van de familieraad, zelfs wanneer zij erfgenamen zijn van de pupil en er ingevolge deze omstandigheid een tegenstrijdigheid van belangen met laatstgenoemde kan ontstaan (Brussel 29 december 1838, *Journal du Palais* 1837-1840, 378). Gebeurlijk was wel een door de familieraad te beoordelen grond tot vrijstelling of verschoningsgrond voorhanden (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 46, nr. 64).

Ook loutere vijandigheid voldoet uiteraard niet (C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 282-283, nr. 477).

Evenmin kunnen schuldeisers of schuldenaars van de pupil zonder meer als uitgesloten voor een voogdijopdracht worden aangezien (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 46, nr. 63; L. CRAHAY, L. DESCAMPS, E. TUERLINGS, e.a., *a.w.*, III, p. 165, nr. 182; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 283, nr. 478; *Pand. b.*, XXIV, tw. *Conseil de famille, t.a.p.*, 635, nr. 108bis).

274 Hoe dan ook komt het steeds aan de vrederechter toe het al dan niet voorhanden zijn van de grond tot uitsluiting of ontzetting te beoordelen, mits eventuele verhaalsmogelijkheid bij de rechtbank van eerste aanleg (art. 1236 Ger.W.).

Aldus werd bv. aangenomen dat vorderingen betreffende de vereffening-verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap of een nalatenschap, hangende tussen een ouder-voogd en diens kinderen, niet volstonden voor de toepassing van het oude artikel 442, *sub* 3° B.W. (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 46, nr. 60; G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 442, p. 533, nr. 7; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 283, nr. 479; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 636, nr. 712; *Pand. b.*, XXIV, tw. *Conseil de famille, t.a.p.*, 636, nr. 117). Hetzelfde geldt voor vorderingen met het oog op een uitoonverdeeldeheidstreding. Zie ook (vóór de Wet van 29 april 2001): G. BELTJENS, *a.w.*, I, art. 442, p. 533, nr. 12; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 636, nr. 518, die overweegt: “La loi donne au conseil de famille le droit de statuer sur

les excuses et de prononcer l'exclusion ou la destitution: c'est donc le conseil qui, en principe, est compétent pour tout ce qui concerne l'organisation de la tutelle”.

§ 5. Afzetting (art. 19 Sw.)

275 De afzetting is een bijkomende criminele straf, neergelegd in artikel 19 Sw. Zij is geen wettelijk gevolg van de veroordeling en moet derhalve door de rechter worden uitgesproken om effect te kunnen sorteren.

De afzetting is gekoppeld aan de door de rechter “uitgesproken” criminele straf, doch niet aan het misdrijf zoals het door de Strafwet wordt gekwalificeerd; dit heeft voor gevolg dat de afzetting niet kan uitgesproken worden wegens een gecorrectionaliseerde misdaad (Cass. 18 juni 1923, *Pas.* 1923, I, 377).

Overeenkomstig voormelde bepaling moet zij worden uitgesproken bij een veroordeling tot levenslange of tijdelijke opsluiting en bij een veroordeling tot levenslange hechtenis, hechtenis van twintig tot dertig jaar en hechtenis van vijftien tot twintig jaar. De afzetting is facultatief bij een veroordeling tot hechtenis van tien tot vijftien jaar en hechtenis van vijf tot tien jaar.

276 Het betreft een fragmentarisch overblijfsel van de *dégradation civique* uit de Franse Code pénal van 1791, die de veroordeelde de kwaliteit van *citoyen français* en alle daarmee verbonden rechten ontnam.

Naar Belgisch recht ontnemt zij de veroordeelde alle “titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen, waarmee hij bekleed is” (L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, II, Leuven, Acco, 2001, p. 258-259, nr. 588).

Onder openbare ambten en betrekkingen worden zowel de bezoldigde als de onbezoldigde begrepen, alsmede deze die door verkiezingen begeven kunnen worden.

Traditioneel wordt met “openbare bedieningen” bedoeld de al dan niet permanente opdrachten, waaraan een zekere waardigheid is verbonden, die een officieel karakter vertonen en waarmee iedere burger belast kan worden, zoals deze van de voogdij of, eertijds, het lidmaatschap van een familieraad.

Zie ook: Luik 8 april 1884, *Pas.* 1884, II, (234), 235, alwaar wordt bevestigd dat, volgens de eigen commentaar van de redacteurs van het Strafwetboek, de openbare ambten van artikel 19 Sw. wel degelijk dat van de voogdij omvatten, zonder dat de wet hierbij de (toenmalige) wettelijke voogdij van de (toenmalige) datieve voogdij onderscheidt; G. BELTIJENS, *a.w.*, I, art. 444, p. 535, nr. 2bis.

Ook al wordt de voogdij heden niet meer als een ware openbare last, een *munus publicum*, aangezien, toch blijft zij begrepen onder artikel 19 Sw. (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 50, nr. 78).

277 Zo de strafrechter overeenkomstig artikel 19 Sw. de afzetting uitspreekt, impliceert dit het verlies van rechtswege van de titels en de graden die hij bezit en de openbare ambten, bedieningen en betrekkingen die hij bekleedt op het ogenblik van de veroordeling. De vrederechter hoeft in dezen niet tussen te

komen en kan gebeurlijk een nieuwe voogd benoemen, zonder de vorige te moeten ontzetten.

278 In tegenstelling tot de hierna besproken gerechtelijke ontzetting, die de toekomst van de veroordeelde bezwaart, werkt de afzetting enkel voor het verleden. Waar de veroordeelde aldus automatisch, uit de kracht zelf van de veroordeling, de titels en de graden die hij bezit en de openbare ambten, bedieningen en betrekkingen die hij bekleedt op het ogenblik van de veroordeling verliest, staat hem (in theorie) niets in de weg in de toekomst terug te winnen wat hem wordt ontnomen, zonder dat hierbij enige termijn wordt vooropgesteld (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 50, nr. 78; L. DUPONT, *a.w.*, II, p. 259, nr. 589).

279 Daar de veroordeling tot deze bijkomende straf, zoals voormeld, automatisch, *eo ipso*, de bedoelde gevolgen sorteert, kan zij niet ongedaan worden gemaakt door het genaderecht. De genade heeft immers in de regel geen terugwerkende kracht (Cass. 27 oktober 1952, *Pas.* 1953, I, 101). Zij ontslaat alleen van de uitvoering van de straf en laat de strafrechtelijke veroordeling onaangetaast, zodat enkel straffen die nog niet werden uitgevoerd, of voor zover ze nog niet werden uitgevoerd, het voorwerp van genade kunnen uitmaken (L. DUPONT, *a.w.*, II, p. 391-392, nr. 929).

§ 6. Ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten (art. 31-34 Sw.)

280 De ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten is een bijkomende criminele of correctionele straf, neergelegd in de artikelen 31-34 Sw. Zij is geen wettelijk gevolg van de veroordeling en moet aldus door de rechter uitgesproken worden (L. DUPONT, *a.w.*, II, p. 259, nr. 590).

Vgl.: M. VERRYCKEN, "Openvallen en organisatie van de voogdij", *t.a.p.*, p. 50, nr. 134-135, die een en ander als een "onbekwaamheid" catalogeert.

281 Naargelang de aard van de uitgesproken hoofdstraf is deze gerechtelijke ontzetting verplicht of facultatief, levenslang of tijdelijk, en geldt zij slechts voor het geheel of slechts voor een gedeelte van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten, zoals de mogelijkheid om "geroepen te worden tot het ambt van voogd, toezienende voogd of curator, behalve over hun eigen kinderen, of om het ambt van gerechtelijk raadsman of voorlopige bewindvoerder uit te oefenen" (art. 31, *sub* 5° Sw.). Het zij opgemerkt dat dit de enige burgerlijke rechten zijn die ingevolge ontzetting door de strafrechter kunnen worden ontnomen. Dit houdt verband met de traditionele opvatting, waarbij de (toezienende) voogdijopdracht als een "openbare bediening" wordt aangezien (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 51, nr. 83).

282 Zo de strafrechter de ontzetting van de in artikel 31, *sub* 5° Sw. neergelegde rechten uitspreekt, impliceert dit de van rechtswege ontzetting van voormelde rechten. De vrederechter hoeft in dezen niet tussen te komen (Rb.

Luik 29 november 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 183) en kan gebeurlijk een nieuwe voogd benoemen, zonder de vorige te moeten ontzetten (Rb. Brussel 18 februari 1885, *Pas.* 1885, III, 126; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713).

Vroeger kon de familieraad inzake de voogdij van de veroordeelde, bij wijze van uitzondering, wanneer het de voogdij over zijn eigen minderjarige kinderen betrof, ondanks zijn veroordeling, het behoud van zijn opdracht bewerkstelligen.

Zie hierover: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 60, nr. 114; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 713.

Men zou de tekst van 31, *sub* 5° Sw. kunnen lezen als zou hij, zij het ten onrechte, nog steeds voorzien in de uitzondering inzake een (toeziende) voogdijopdracht over de eigen kinderen. Nochtans kan die hypothese zich niet meer voordoen: een (toeziende) voogdijopdracht over de eigen kinderen bestaat niet (art. 389 B.W.). Men kan wel nog curator zijn over een eigen kind in geval van gerechtelijke ontvoogding (art. 480, eerste lid B.W.) en, zeer uitzonderlijk, in geval van ontvoogding door het huwelijk van twee minderjarigen (art. 476, tweede lid B.W.). Enkel hierop kan de in artikel 31, *sub* 5° Sw. bedoelde uitzondering slaan.

283 In beginsel is de ontzetting gekoppeld aan de aard van de uitgesproken straf.

Bij een veroordeling tot levenslange opsluiting of levenslange hechtenis of tot opsluiting voor een termijn van minstens tien tot vijftien jaar is de ontzetting verplicht, levenslang en slaat zij op het geheel van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten.

Bij een veroordeling tot opsluiting van vijf tot tien jaar of tot tijdelijke hechtenis is de ontzetting facultatief, levenslang of tijdelijk (van tien tot twintig jaar) en heeft zij betrekking op het geheel of op sommige van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten (art. 32 Sw.).

Bij een veroordeling tot een correctionele straf kan de ontzetting overeenkomstig artikel 33 Sw. slechts worden uitgesproken in de gevallen bij wet bepaald (Cass. 3 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 45). In dat geval is zij facultatief (zie bv.: art. 247 Sw.), tenzij de wet anders bepaalt (aldus bv. de art. 248, 249, 251 en 252 Sw. in verband met het misdrijf "omkoping van openbare ambtenaren"). Zij is altijd tijdelijk (van vijf tot tien jaar) en betreft het geheel of sommige van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten. Alsdan moet de strafrechter op nauwkeurige wijze bepalen van welke rechten de veroordeelde ontzet wordt (Cass. 8 augustus 1940, *Pas.* 1940, I, 199).

Bij gecorrectionaliseerde misdaden is de ontzetting in beginsel facultatief. In dat geval is zij tijdelijk (van vijf tot tien jaar) en slaat zij op het geheel of op een gedeelte van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten (art. 84, tweede lid Sw.); alleen wanneer een verplichte ontzetting door de wet was bepaald, wegens de aard van het gepleegde misdrijf, heeft de correctionalisering niet voor

gevolg dat de ontzetting facultatief wordt (Cass. 9 maart 1925, *Pas.* 1925, I, 171). In geval van verzachtende omstandigheden bij wanbedrijven kan de rechter, wanneer de ontzetting voorgeschreven of toegelaten is, deze ontzetting uitspreken voor een termijn van één tot vijf jaar, of in het geheel niet opleggen (art. 85 Sw.).

Er kan geen ontzetting uitgesproken worden voor overtredingen en evenmin wanneer de hoofdstraf, door het aannemen van verzachtende omstandigheden, verminderd wordt tot een politiestraf.

Zie ten andere: artikel 7 Sw., alwaar de ontzetting aangezien wordt als een (bijkomende) straf in criminele en correctionele zaken.

Soms is de ontzetting evenwel gekoppeld aan een specifiek misdrijf, geval waarin dit bijzonder stelsel van ontzetting moet worden gecombineerd met voormeld stelsel waarin de ontzetting wordt gekoppeld aan de aard van de uitgesproken straf.

Zie bv.: artikel 378 Sw., alwaar wordt bepaald dat de schuldigen aan de in het hoofdstuk V "aanranding van de eerbaarheid en verkrachting" van Titel VII van Boek II Sw. bepaalde misdrijven worden veroordeeld tot ontzetting van de rechten, opgesomd in artikel 31, *sub* 1°, 3°, 4° en 5° Sw.

Zie voorts: L. DUPONT, *a.w.*, II, p. 261-262, nr. 598.

284 In tegenstelling tot de afzetting, hypothekeert de ontzetting de toekomst.

Genade is dus mogelijk.

Zie hierover: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 51, nr. 84.

Overeenkomstig artikel 34, eerste lid Sw. gaat de tijd van de ontzetting, zoals bij het vonnis of arrest van veroordeling is bepaald, in op de dag dat de veroordeelde zijn straf heeft ondergaan of op het ogenblik dat zijn straf is verjaard (Luik 8 april 1884, *Pas.* 1884, II, 234; G. BAERT, *t.a.p.*, p. 51, nr. 83). Artikel 34, tweede lid Sw. bepaalt evenwel dat de ontzetting reeds voordien effect sorteert, te weten met ingang van de dag waarop de op tegenspraak of op verstek gewezen veroordeling onherroepelijk is geworden.

§ 7. Artikelen 49 *juncto* 52, tweede lid Hyp.W.

285 Krachtens het oude artikel 421, tweede lid B.W. kon de voogd enkel dan in functie treden of zijn eigenlijke voogdijopdracht aanvaarden eens een toezienende voogd was aangesteld: had hij zich met het beheer ingelaten voordat hij die formaliteit vervuld had, dan kon de familieraad, bijeengeroepen hetzij op verzoek van de bloedverwanten, schuldeisers of andere belanghebbende partijen, hetzij ambtshalve door de vrederechter, aan de voogd, indien deze bedrieglijk gehandeld had, de voogdij onttrekken, onverminderd de aan de minderjarige verschuldigde schadevergoeding (G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 881, nr. 1413; C. DEMOLOMBE, *a.w.*, VII, p. 290, nr. 494; A. KLUYSKENS, *a.w.*,

VII, p. 638, nr. 713; *Pand. b.*, XXXIX, tw. *Exclusion et destitution, etc.* (*Causes de*), *t.a.p.*, 34-35, nr. 13).

Deze bepaling komt thans niet meer voor.

Volledigheidshalve moet wel verwezen worden naar de artikelen 49 *juncto* 52, tweede lid Hyp.W., krachtens welke de voogd zich slechts met zijn beheer mag inlaten dan na inschrijving van de wettelijke hypotheek op zijn goederen, zo hij gebeurlijk tot het stellen van een hypothecaire waarborg is verplicht geworden.

Zie dienaangaande uitgebreid: Chr. ENGELS, "De wettelijke hypotheek van de minderjarigen en van de onbekwaamverklaarden", in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 349-380, nrs. 785-826.

Tot zolang kan hij enkel fungeren in het raam van de overeenkomstig artikel 391 B.W. bevolen "dringende maatregelen". Teneinde voormelde verplichtingen kracht bij te zetten, "kan" de vrederechter, hem de voogdij onttrekken overeenkomstig artikel 398 B.W. Deze sanctie kent een facultatief karakter en dient met de nodige zin voor redelijkheid te worden toegepast.

§ 8. Procedure tot ontzetting

286 De vrederechter spreekt de in artikel 398 B.W. bedoelde ontzetting uit hetzij op verzoek van de (toeziende) voogd of op verzoek van het openbaar ministerie, hetzij ambtshalve.

Een mooie toepassing van een ambtshalve ontzetting ligt voor in een beschikking van 6 maart 2002 van de Vrederechter te Sankt Vith (*T.Vred.* 2002, 410); zie terzake ook: M. VERRYCKEN, "De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 86.

287 De procedure tot ontzetting kent een bijzondere rechtspleging, geregeld in artikel 1235 Ger.W.

De vrederechter bepaalt een terechtzitting in raadkamer waarop de (toeziende) voogd na oproeping bij gerechtsbrief moet verschijnen. Concreet komt de procedure hierop neer dat, behoudens ingeval het initiatief uitgaat van de vrederechter, de zaak aanhangig wordt gemaakt door middel van een verzoekschrift dat voldoet aan de voorwaarden van artikel 1233 Ger.W. De (toeziende) voogd wordt vervolgens bij gerechtsbrief opgeroepen op de zitting die door de vrederechter werd bepaald (F. APS, "De procedures inzake voogdij en het hoorrecht van minderjarigen", in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 261, nr. 586). De gerechtsbrief vermeldt de redenen die de procedure tot ontzetting rechtvaardigen. De toeziende voogd wordt gehoord in geval van ontzetting van de voogd en andersom. De minderjarige die de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, wordt eveneens opgeroepen om hem te horen, daar deze aangelegenheid hoe dan ook mede zijn persoon aanbelangt (art. 1233, *sub* 2° Ger.W.; A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 113, nr. 280, a). Onverminderd de

overeenkomstig artikel 391 B.W. genomen “dringende maatregelen”, gaat de rechter bij de uitspraak houdende de ontzetting, onmiddellijk over tot vervanging van de ontzette (toeziende) voogd, en dit overeenkomstig artikel 401 B.W. Desgevallend houdt hij daarbij rekening met de (subsidiare) aanwijzing van een (toeziende) voogd door de ouder(s) (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 113-114, nr. 280, b); bij ontstentenis daarvan, benoemt hij onmiddellijk een nieuwe (toeziende) voogd.

288 Vóór de Reparatiwewet van 13 februari 2003 bepaalde artikel 1235, *sub* 1° Ger.W. dat “de voogd van wie de ontzetting wordt gevorderd, wordt gedagvaard om te verschijnen op de terechtzitting die door de vrederechter in raadkamer is bepaald. Het exploit van dagvaarding vermeldt de redenen die de procedure tot ontzetting rechtvaardigen. De toeziende voogd wordt gehoord”.

De aldus voorgeschreven procedure deed een aantal vragen rijzen. Zo was het niet duidelijk wie precies de opdracht tot dagvaarden moest geven en, vooral, wie de kosten moest dragen.

Hoe moest de vrederechter tot dagvaarding overgaan?

Een praktisch haalbare oplossing bestond erin dat de vrederechter een beschikking maakte waarin hij de motieven van de ontzetting vermeldde, alsook de datum van de bedoelde terechtzitting in raadkamer. Deze beschikking werd dan ter kennis gebracht van de (toeziende) voogd ... “bij gerechtsbrief”.

Zie: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 22-23, nr. 12; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, *t.a.p.*, p. 52-53, nr. 143; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 19, nr. 20.

Welnu, dit is de oplossing die artikel 1235, *sub* 1° Ger.W. nu voorschrijft.

Het oude artikel 1235, *sub* 1° Ger.W. sprak nochtans van “dagvaarding”, ook voor het geval dat de vrederechter ambtshalve tot ontzetting wilde overgaan. Het behoeft geen betoog dat die duidelijke wettekst voor praktische moeilijkheden zorgde.

De Vrederechter te Sankt Vith nam geen risico. Vooreerst heeft hij de zaak waarin hij voornemens was de (toeziende) voogd te ontzetten, ambtshalve in het register der verzoekschriften laten inschrijven. In een eerste beschikking (van dagbepaling) gelast hij de hoofdgriffier ermee de bedoelde (toeziende) voogd te laten dagvaarden tegen de vooropgestelde zitting (Vred. Sankt Vith 31 januari 2002, *T.Vred.* 2002, 405). De voogd wordt verplicht “met het oog op de betaling van de dagvaardingskosten” een voorschot op de postrekening van de griffie van het vredegerecht te storten. Aldus betaalt men de gerechtsdeurwaarder. Naar aanleiding van de latere zitting spreekt hij de ontzetting uit (tweede beschikking; Vred. Sankt Vith 6 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 410). De voogd wordt (definitief) veroordeeld tot de kosten van het geding.

De Vrederechter te Herstal verkoos een andere oplossing: zij stelt een voogd *ad hoc* aan met als opdracht de in functie zijnde voogd te dagvaarden met het oog op ontzetting en vervolgens de pupil in deze procedure te vertegenwoordigen (C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 154).

Uiteindelijk heeft de wetgever afgezien van de onwerkbaar procedure waarin de wetgever van 29 april 2001 heeft voorzien: “In de meeste gevallen vordert de vrederechter ambtshalve de ontzetting van de voogd. Het gerechtelijke privaatrecht belet de rechter zelf het initiatief te nemen een dagvaarding te

doen opmaken om een zaak bij zichzelf aanhangig te maken. Het argument dat het recht van verdediging in acht moet worden genomen, blijkt niet voldoende overtuigend aangezien de voogdij geen recht is dat de voogd voor zichzelf moet verdedigen maar wel een opdracht ten gunste van de minderjarige. Ter vergelijking kan worden verwezen naar het geval van de voorlopige bewindvoerder die in voorkomend geval, krachtens artikel 488*bis*, sub d, tweede lid B.W., enkel wordt gehoord.” (*Parl. St. Kamer 2001-02*, 50 1772/003, p. 5; *Parl. St. Kamer 2002-03*, 50 1772/007, p. 27).

Zie ook: C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 154; C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 107; N. GALLUS, “Tutelle et administration légale: la réforme de la réforme”, *Div. Act.* 2003, 76; W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 136, nr. 29.

AFDELING VI

RECHTSOPVOLGERS VAN DE OVERLEDEN VOOGD

289 In beginsel treden de erfgenamen “van rechtswege” in het bezit van de goederen, rechten en rechtsvorderingen van de overledene (art. 724 B.W.). Ook de rechten van de overledene, zowel persoonlijke als zakelijke, maken dus het voorwerp uit van de saisine, voor zover althans zij door de devolutie overgaan op de rechtverkrijgenden (K. VANWINCKELEN, “Art. 724 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 2001, p. 9, nr. 13; A. VASTERSAVENDTS, *Praktisch handboek van erfrecht*, Brussel, Larcier, 1975, 162). Dit geldt daarentegen niet voor de rechten en de daaraan gekoppelde verplichtingen die door het overlijden uitdoven (H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, IX, *Les successions*, Brussel, Bruylant, 1974, p. 367-368, nrs. 495-496). De voogdij is zo’n persoonlijke burgerlijke opdracht die niet op de erfgenamen overgaat (G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, I, art. 1-515, Brussel, Bruylant, p. 522, nrs. 1). De wetgever acht het niet opportuun dat de erfgenamen van de voogd belast blijven met de voogdij (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 41-42 en 79). Tijdens de werking van de voogdij is het de voogd trouwens evenmin toegestaan zijn voogdijopdracht aan een derde over te dragen. De voogd kan bezwaarlijk door middel van een algemeen mandaat een derde met deze persoonlijke taak belasten (Rb. Nijvel 6 oktober 1959, *Jur. Niv.* 1960, 92).

Een en ander ligt trouwens in de lijn van het recht om de voogdij te weigeren (art. 396, eerste lid B.W.): “in dat opzicht is het onaanvaardbaar dat de voogdij bij het overlijden van de voogd, zou worden voortgezet door de erfgenamen van de overleden voogd” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 41). In voorkomend geval, komt het de vrederechter toe om (zelfs ambts-halve) “dringende maatregelen” te treffen, noodzakelijk voor de bescherming van de pupil of voor de bewaring van zijn goederen (art. 391, eerste lid B.W.).

De vrederechter kan de bedoelde maatregelen ook toevertrouwen aan de toezieende voogd.

290 De erfgenamen die de nalatenschap van een overleden voogd aanvaarden, zijn wel voor het beheer van hun rechtsvoorganger verantwoordelijk, en dit in de lijn van het gemene recht (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 385, nr. 65; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 108, nr. 95). In tegenstelling tot in het oude artikel 419 B.W., acht de wetgever het niet langer opportuun om dit in een uitdrukkelijke wettekst te vermelden: “het is evident dat de erfgenamen die de nalatenschap aanvaarden, gehouden zijn tot de aansprakelijkheidsschuld die aan de zijde van de overleden voogd is ontstaan” (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 79).

291 Anders dan onder het oude recht, moeten de meerderjarige erfgenamen niet langer de voogdij voortzetten totdat een nieuwe voogd is benoemd.

Onder het oude recht was enkel de minderjarige erfgenaam vrijgesteld; zie: G. BELTIJENS, *a.w.*, I, p. 522, nr. 3: “L’héritier mineur, interdit ou absent en est dispensé”; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, VIII, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l’émancipation*, Parijs, Durand-Hachette et Cie, 1870, p. 6-7, nr. 8.

Zie voorts: G. BELTIJENS, *a.w.*, I, p. 522, nr. 3: “La gestion provisoire des héritiers du tuteur constitue un mandat légal et non une tutelle”; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 107, nr. 95: “Les héritiers du tuteur ne sont pas des tuteurs de fait, mais exercent une charge *sui generis*, qu’ils tiennent de la loi”.

Het oude artikel 419 B.W. verklaarde de bepalingen inzake lastgeving *mutatis mutandis* van toepassing (G. BELTIJENS, *a.w.*, I, p. 522, nr. 1; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 133-135, nr. 120). Meer concreet, kon het oude artikel 419 B.W. als een toepassing van de artikelen 2003 *juncto* 2010 B.W. worden aangezien, alwaar, niettegenstaande de lastgeving eindigt door de dood van de lasthebber, toch aan de erfgenamen wordt opgedragen voorlopig alles te doen wat de omstandigheden in het belang van de lastgever vereisen. In feite namen zij hetzelfde beheer waar als dat van de overleden voogd. Dit had bv. ook tot gevolg dat zij onbekwaam waren om giften van de minderjarige te ontvangen totdat overeenkomstig artikel 907, tweede lid B.W. de slotrekening was afgelegd en aangezuiverd. Een ten voordele van de erfgenamen van de voogd, ook vóór diens overlijden, opgesteld testament stuitte op de vermelde bepaling zo het, na diens overlijden, uitwerking kreeg vóór het afleggen en aanzuiveren van deze slotrekening (S. MOSSELMANS, “Art. 907 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 20, nr. 56).

De overeenkomstig het oude artikel 419 B.W. op de meerderjarige erfgenamen drukkende burgerlijke opdracht had weliswaar een tijdelijk en een provisorisch karakter. De opdracht was tijdelijk in die zin dat zij het beheer van hun rechtsvoorganger slechts dienden verder te zetten totdat een nieuwe voogd was benoemd. Zoals ook nu (art. 404, tweede lid B.W.), berustte (overeenkomstig het oude art. 424 B.W.) de verplichting om een nieuwe voogd te doen benoemen in beginsel op de toezieende voogd; zo deze laatste stilsta, werd aangenomen dat ook voormelde erfgenamen deze benoeming konden uitlokken (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 107, nr. 95). De opdracht was tegelijk provisorisch. Het was een soort noodoplossing. De erfgenamen dienden slechts het door hun rechtsvoorganger reeds waargenomen beheer verder te zetten. Het betrof geenszins geïsoleerde handelingen, maar veeleer een waarborg van de in het belang van de pupil vereiste continuïteit. Zij moesten zich dan ook beperken tot bewarende maatregelen en daden van voorlopig beheer (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 108, nr. 95).

Bovendien waren zij overeenkomstig artikel 419 B.W. slechts gehouden “als erfgenaam”. Dit betekende dat de verwerpende erfgenaam aan de in voormelde bepaling neergelegde verplichting kon ontsnappen, zij het enkel vanaf het ogenblik van de verwerping. Artikel 785 B.W., bepalende

dat de erfgenaam die de nalatenschap verwerpt, geacht wordt nooit erfgenaam te zijn geweest, was terzake niet van toepassing. De erfgenaam kon de in artikel 419 B.W. neergelegde verplichting niet afwimpelen onder het voorwendsel dat hij zou verzaken (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 108, nr. 95). Anderzijds waren alle (aanvaardende) erfgenamen gehouden; zij dienden allen het beheer van hun rechtsvoorganger verder te zetten.

292 Het oude artikel 419 B.W. was ingegeven door het belang van de pupil (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1964, p. 107, nr. 95). Elke situatie waarbij een einde komt aan de voogdijopdracht van een bepaalde voogd terwijl het voogdijgezag moet blijven voortduren, kan immers diens belangen schaden indien niet het nodige gedaan wordt in afwachting van de benoeming van een nieuwe voogd.

Zie omtrent de situatie waarbij een einde komt aan de voogdijopdracht van een bepaalde voogd terwijl het voogdijgezag moet blijven voortduren: P. SENAEVE, *a.w.*, II, 2004, p. 196, nrs. 1297 en 1299.

293 Onder impuls van het notariaat is de bedoelde bepaling afgeschafte (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 21-22, nr. 12). Het notariaat acht het onmogelijk dat een derwijze persoonlijke opdracht als deze van voogd zou moeten worden uitgeoefend door diens erfgenamen, terwijl er geen enkele aanwijzing is dat zij daarvoor in aanmerking komen. Hierbij rijzen vele praktische vragen: “Wat zal er gebeuren als er verschillende erfgenamen zijn? Wat als de erfgenaam een rechtspersoon is? Wat als de voogd als algemeen legataris bijvoorbeeld een stichting heeft aangesteld? Zal dit organisme dan de voogdij voortzetten over die kinderen? Wat als de erfgenamen neven en nichten zijn die in de Verenigde Staten wonen?” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 16-17 en p. 41-42).

294 In die optiek wordt het vacuüm dat in geval van overlijden van de voogd ontstaat, thans deels opgevangen via artikel 391 B.W. Krachtens deze bepaling heeft de vrederechter immers de mogelijkheid om, zelfs ambtshalve, de dringende maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de minderjarige of de bewaring van zijn goederen. Desgevallend kan de vrederechter deze dringende maatregelen toevertrouwen aan de toeziende voogd.

Zie ook: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 157, nr. 32: “On peut imaginer que dans le cas nécessitant urgence, le subrogé tuteur agira malgré le silence de la loi, en gérant d’affaire. A défaut le bourgmestre devra veiller à l’hébergement provisoire du mineur”.

Aangezien de toeziende voogd de verplichting heeft om een nieuwe voogd te doen benoemen, is het bedoelde vacuüm beperkt.

Verder acht de wetgever het niet aangewezen om, bij het openvallen van de voogdij, dit is het vacant worden van de voogdijopdracht, de toeziende voogd de voogd te laten opvolgen (art. 404, tweede lid B.W.). Hun respectieve op-

drachten zijn immers totaal verschillend: de voogd neemt de patrimoniale en de niet-patrimoniale belangen van de pupil waar, terwijl de toeziende voogd in wezen een controletaak heeft (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 42).

295 Evenals inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 1, derde lid B.W.), kan de voogd zich, bij het hem opgedragen vermogensbeheer, laten bijstaan.

Ook de toeziende voogd kan zich laten bijstaan (vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 11, nr. 53).

Zie inzake het voorlopige bewind: E. DE GROOTE, "Art. 488*bis*, f § 3 B.W.", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1995, p. 2-3, nrs. 3-5; Y. LELEU en J.-M. VANSTAËN, "La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assurer la gestion – Aperçu législatif et commentaire", *Act. dr.* 1993, p. 623, nr. 97; P. MARCHAL, "Les incapables majeurs", in *Répertoire notarial*, I, *Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 237, nr. 305; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, "Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen", in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 173, nr. 368; W. PINTENS en A. VERBEKE, "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *R.W.* 1991-92, p. 176, nr. 26; M. VERRYCKEN, "De wetgeving inzake het beheer van goederen van geesteszieken", *Vl. T. Gez.* 1992, 195.

In de lijn van het oude artikel 454, tweede lid B.W., bepaalt artikel 405 § 1, vierde lid B.W. thans dat de voogd zich in het beheer van de goederen van de pupil kan laten bijstaan door personen die onder zijn verantwoordelijkheid handelen.

296 Onder impuls van de Senaat, is ook hier de uitdrukkelijke voorafgaande machtiging van de vrederechter vereist (*Parl. St. Kamer 2000-01*, 50 0576/014, p. 13; *Parl. St. Kamer 2000-01*, 50 0576/020, p. 6-8; *Parl. St. Senaat 2000-01*, 2-509/6, p. 33).

Maar ook dit sluit geenszins uit dat de voogd zijn opdracht persoonlijk moet vervullen (Rb. Nijvel 6 oktober 1959, *Rec. Niv.* 1960, 92; E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1960-1964): Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1966, p. 224, nr. 50). Hij mag de hem toegemeten bevoegdheden niet (geheel of ten dele) aan een derde delegeren, zoals dit in de regel uit den boze is bij wettelijke en gerechtelijke mandaten strekkende tot beheer van andermans vermogen.

Zie ook: H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken – Wetten van 1990-1991*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, p. 126, nr. 24; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 237, nr. 304.

De bedoelde personen, zoals bijvoorbeeld beleggingsadviseurs, notarissen, advocaten, fiscale raadgevers en boekhouders, verlenen enkel gekwalificeerd advies en steun. Zij kunnen nooit in de plaats van de voogd treden.

Verder handelen de personen wier bijstand hij inroept onder de verantwoordelijkheid van de voogd, nu dit geen afbreuk doet aan de in artikel 405 § 1, derde lid B.W. bepaalde verplichting tot schadevergoeding bij wanbeheer.

AFDELING VII

VERVANGING VAN DE VOOGD

297 Telkens wanneer de voogdijopdracht openvalt, moet de vrederechter een nieuwe voogd benoemen. Bij het openvallen van de voogdij vervangt de toeziende voogd de voogd immers niet van rechtswege (art. 404, tweede lid B.W.).

Zie terzake: A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 112-114, nrs. 279-280, b.

De vrederechter richt zich hierbij, eens te meer, naar artikel 393 B.W.

In voorkomend geval houdt hij rekening met de in ondergeschikte orde gedane ouderlijke aanwijzing. Zijn beoordelingsbevoegdheid is evenwel ruimer dan deze bedoeld in artikel 392, vijfde lid B.W. De ouders kunnen immers enkel een voogd kiezen voor het geval de voogdij ontstaat (art. 389 B.W.) en niet voor het geval de voogdij openvalt (ingevolge het overlijden, het ontslag of de ontzetting van de voogd in functie). Ze kunnen met andere woorden geen successieve voogden aanwijzen om aldus te voorzien in de hypothese dat de voogdij eindigt vooraleer hun kind meerderjarig is. Hoewel betreuwenswaardig, vloeit dit voort uit de duidelijke wettekst van artikel 401 B.W.: indien er grond bestaat om de voogd te vervangen, benoemt de vrederechter een nieuwe voogd overeenkomstig artikel 393 B.W. Maar, zoals gezegd, spreekt het voor zich dat de vrederechter rekening houdt met de gebeurlijk door de ouders te kennen gegeven wensen.

De voogdijopdracht valt open bij ontlasting van de voogd wegens wettige redenen in de zin van artikel 396, tweede lid B.W., bij onbekwaamheid van de voogd in de zin van artikel 397 B.W. en bij ontzetting van de voogd in de zin van artikel 398 B.W. Met betrekking tot dit laatste geval bevestigt ook artikel 1235, *sub* 2° Ger.W. dat, onverminderd de toepassing van artikel 391 B.W., de rechter bij uitspraak houdende de ontzetting, overeenkomstig artikel 401 B.W. onmiddellijk tot vervanging van de ontzette voogd overgaat.

Uiteraard valt de opdracht ook vacant wanneer de voogd komt te overlijden. De ambtenaar van de burgerlijke stand die een overlijdensakte opmaakt van iemand die (toeziende) voogd was, is ertoe gehouden aan de vrederechter van het voogdijforum van dit overlijden kennis te geven en dit binnen drie dagen (art. 50 § 2, eerste lid B.W.). Het behoort mede tot de taak van de toeziende voogd de vrederechter onmiddellijk te verwittigen van het overlijden van de voogd.

In de gevallen van overmacht, dit zijn de zich voordoende onbekwaamheid in de zin van artikel 397 B.W. en het overlijden, beperkt de vrederechter zich tot de vaststelling dat de voogdijopdracht vacant is gevallen, waarna hij een

nieuwe voogd aanwijst. Aangaande de wettige redenen in de zin van artikel 396, tweede lid B.W., zo ook bij ontzetting van de voogd in de zin van artikel 398 B.W. heeft de vrederechter een reële beoordelingsbevoegdheid.

298 De toeziende voogd moet instaan voor de vervanging. Krachtens artikel 404, tweede lid B.W. moet hij, op straffe van vergoeding van de schade die daaruit voor de pupil zou kunnen voortvloeien, een nieuwe voogd doen benoemen.

299 De nieuwe voogd vat zijn taak aan op het tijdstip van de beschikking. De voogdijrekeningen van zijn voorganger worden afgesloten op de dag van die beschikking waarbij de nieuwe voogd wordt benoemd (art. 414, eerste lid B.W.).

300 Naar aanleiding van het voormelde kan de vrederechter steeds de aangewezen voorlopige maatregelen bevelen zoals bij het ontstaan van de voogdij (art. 391 B.W.).

301 De wet bepaalt niets over de gebeurlijke procedure met het oog op vervanging van de vacant gevallen toeziende voogdijopdracht (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 8, nr. 37). Hoewel het aanbevelenswaardig is, wordt de vrederechter hiervan, strikt gezien, niet verwittigd door de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 50 § 2, eerste lid B.W.). In voorkomend geval, richt de vrederechter zich naar zijn initiële bevoegdheid terzake, neergelegd in artikel 402, eerste lid B.W. Strikt formalisme is hier uit den boze. Niettemin stelt artikel 1232 Ger.W. ook terzake de in artikel 1233 Ger.W. bedoelde procedure voorop, wat een inleiding bij verzoekschrift impliceert, alsook de onmogelijkheid voor de vrederechter om ambtshalve op te treden. Een initiatief van de voogd komt aangewezen voor.

TITEL IV
TOEZIENDE VOOGDIJ

HOOFDSTUK I TOEZIENDE VOOGD

AFDELING I

BEGRIP “TOEZIENDE VOOGD”

302 Waar het begrip “voogd” en de omstandigheden waarin er aanleiding bestaat om een voogd aan te duiden, voldoende in het Burgerlijk Wetboek zijn omschreven (art. 389 B.W.), is dit minder het geval voor het begrip “toeziende voogd”, en zeker voor begrippen als “voogd *ad hoc*” en “toeziende voogd *ad hoc*”.

Laatstvermelde begrippen gaven in het verleden meer dan eens aanleiding tot verwarring (G. VAN DEN BERGH, “Voogd, Voogd *ad hoc*, Toeziende voogd, Toeziende voogd *ad hoc*”, *R.W.* 1948-49, 801).

Bovendien zij opgemerkt dat de Nederlandse terminologie “toeziende voogd” correcter is dan de Franse, alwaar men van “subrogé tuteur” gewaagt (G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, p. 881, nr. 1414).

Aldus oordeelt DE PAGE het nuttig, alvorens de figuur van de toeziende voogd te bestuderen, te wijzen op het dubbelzinnige karakter van de benaming “subrogé tuteur” in verhouding tot de aan deze persoon toegemeten bevoegdheden (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 108, nr. 96). Het begrip “subrogé tuteur” wijst immers ten onrechte op een bestendige rol van mogelijke vervanging van de voogd. “Subroger” betekent, evenals het Latijnse *subrogare*, “in de plaats stellen”. Ook deed het oude artikel 420, tweede lid B.W., waar het bepaalde dat er in elke voogdij een toeziende voogd is en dat zijn taak bestaat in het waarnemen van de belangen van pupil wanneer deze in strijd zijn met de belangen van de voogd, zeker samen gelezen met het oude artikel 424 B.W., ten onrechte uitschijnen dat dit de enige taak van de toeziende voogd omvat. Deze vervangende taak is nochtans geenszins de belangrijkste taak van de toeziende voogd. Het betreft veeleer een bijkomende opdracht binnen het geheel van de aan de toeziende voogd toegemeten bevoegdheden (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 108, nr. 96).

De Nederlandse terminologie verwijst daarentegen terecht naar de belangrijkste taak van de “toeziende” voogd, dit is een taak van permanent toezicht.

303 De toeziende voogd was niet gekend in het Romeinse recht. Deze figuur is afkomstig van het gewoonterecht.

Zie hierover uitgebreid: E. DEFACQZ, *Ancien droit belge ou précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le Code civil*, Brussel, Bruylant-Christophe et Cie, 1873, I, 474-475.

Ook het oude Franse gewoonterecht kende de figuur van de toezierende voogd. Het Burgerlijk Wetboek veralgemeende deze figuur, zonder evenwel terzake de nochtans welgekomen duidelijkheid te bieden (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 109, nr. 97; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 627, nr. 702).

304 De wetgever van 29 april 2001 wil de functie van toezierende voogd herwaarderen (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 4 en 9).

Het notariaat had nochtans gesuggereerd om de toezierende voogdij af te schaffen, en dit vooral omwille van de eenvormigheid met het voorlopig bewind, maar ook omwille van het in de praktijk blijikbaar zeer beperkte nut van de toezierende voogdij: vele toezierende voogden zouden niet eens weten waarin hun opdracht precies bestaat en zouden niet optreden tenzij het hun, om wezenlijke redenen, wordt gevraagd.

Zie: *Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 17 en 20; het notariaat is van oordeel dat de motivering en de uitwerking van de regeling uniform zou moeten zijn voor alle personen wier vermogen door een bewindvoerder wordt beheerd.

Niettemin voorziet de Wet van 3 mei 2003 (tot hervorming van het voorlopig bewind) in een systeem waarbij de beschermde persoon via een vertrouwenspersoon kan toezien op het door de voorlopige bewindvoerder waargenomen beheer (art. 488bis, b § 4 en d, vierde en vijfde lid B.W.; Th. DELAHAYE, "L'administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003", in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, p. 159-162, nrs. 232-237; E. LANGENAKEN, "La personne de confiance, garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables", *Rev. trim. dr. fam.* 2004, p. 280-283, nrs. 11-13; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 20-23, nrs. 52-58; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 171-175, nrs. 372-377; E. VIEUJEAN, "L'administration provisoire", *Rev. trim. dr. fam.* 2003, p. 676-677, nr. 7).

Vgl.: F. SWENNEN en T. ROBERT, "De toezichhouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta*", preadvies naar aanleiding van het 41^{ste} Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging op 11 juni 2004 aangaande toezichhouders in het recht", *R.W.* 2003-04, p. 1624, nr. 32, waar voor de komst van een toezierende voorlopige bewindvoerder wordt gepleit.

Het is evenwel paradoxaal om enerzijds een verruimde betrokkenheid van de familie te bepleiten en anderzijds de afschaffing van de toezierende voogdij voor te stellen. Bij het voorlopig bewind blijkt er overigens behoefte te bestaan om iemand van de andere tak van de familie bij het bedoelde beheer te betrekken (E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, 50). Zodoende ligt een extrapolatie van de toezierende voogdij naar het voorlopig bewind eerder voor de hand.

De toezierende voogdij wordt dan ook behouden en versterkt.

In die optiek verduidelijkt de wetgever de taken van de toezierende voogd (F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *R.W.* 2001-02, p. 7-8, nr. 35). Zoals gezegd, houdt hij in de eerste plaats toezicht op de voogd: indien hij vaststelt dat de voogd tekortschiet in de opvoeding van de pupil of in het beheer van zijn goederen, moet hij de vrederechter daarvan in kennis stellen (art. 403, eerste lid B.W.). Verder vervangt hij de voogd wanneer diens belangen strijdig zijn met deze van de pupil en, wanneer de voogdij openvalt, doet hij een nieuwe voogd benoemen (art. 404 B.W.).

305 De toezierende voogd kan aldus worden gedefinieerd als de steeds door de vrederechter aangewezen "toezierende" voogd, met als belangrijkste taak op een buitengerechtigde wijze de voogd te controleren en met als bijkomende opdrachten aan de voogd bijstand te verlenen wanneer deze optreedt als wettelijke vertegenwoordiger van de pupil, de voogd te vervangen telkens wanneer diens belangen strijdig zijn met die van de pupil en gebeurlijk de pupil te vertegenwoordigen in een procedure tegen de voogd.

Deze toezierende voogd kan geenszins worden gelijkgesteld met de in uitzonderlijke gevallen door de vrederechter aangestelde "toezierende voogd *ad hoc*" met het oog op het stellen van een welbepaalde rechtshandeling namens de pupil. De toezierende voogd *ad hoc* vervangt de toezierende voogd indien deze laatste zelf reeds de voogd vervangt en *a fortiori* indien de belangen van de toezierende voogd zelf in strijd zijn met die van de pupil (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 185, nr. 1261).

Zie: Rb. Brugge 27 oktober 1981, *T. Not.* 1982, 73; Rb. Luik 19 juni 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1214; Vz. Rb. Aarlen 25 april 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1208; vgl.: Vz. Rb. Luik 4 januari 1995, *T.Vred.* 1995, 317, alwaar wordt geoordeeld dat, in geval van belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn voogd, de toezierende voogd zo nodig de voogd kan vervangen, zonder dat het evenwel noodzakelijk is alsdan een voogd *ad hoc* te benoemen.

306 Indien zowel de belangen van de voogd als die van de toezierende voogd in strijd zijn met die van de pupil, dient de vrederechter zowel een voogd *ad hoc* (Rb. Brussel 4 juni 1987, *J.L.M.B.* 1988, 363; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 184, nr. 1259) als een toezierende voogd *ad hoc* aan te stellen (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 184, nr. 1259 *juncto* p. 185, nr. 1261; vgl.: Brussel 8 februari 1971, *R.W.* 1970-71, 1380; Rb. Brussel 3 mei 1971, *R.W.* 1972-73, 1960 en Vred. Brasschaat 24 maart 1972, *R.W.* 1972-73, 1687).

Noch de figuur van de toezierende voogd *ad hoc* noch deze van de in het raam van de voogdij aangestelde voogd *ad hoc* kwamen in het Burgerlijk Wetboek voor. Het waren constructies van de rechtspraak en de rechtsleer, ter aanvulling van de wettelijke regels (G. VANDENBERGH, *t.a.p.*, 802). Voor het eerst hanteert de vermelde wetgever de bedoelde begrippen, zij het in één enkele zinsnede: "Indien de belangen van de toezierende voogd eveneens in strijd zijn met de belangen van de minderjarige, benoemt de vrederechter op verzoek

van iedere belanghebbende of zelfs ambtshalve een voogd *ad hoc* en een toezienende voogd *ad hoc*” (art. 404, eerste lid B.W.; zie ook: art. 793, derde lid B.W.).

Deze gebeurlijk in het raam van de voogdij aangestelde voogd *ad hoc* en toezienende voogd *ad hoc* moeten hoe dan ook worden onderscheiden van de buiten het raam van de voogdij aangestelde voogd *ad hoc*.

Zie terzake: de artikelen 331*sexies* en 378 § 1, zesde lid B.W. (P. SENAEVE, *a.w.*, II, p. 184, nr. 1260, alwaar wordt verwezen naar p. 65-66, nr. 860 en p. 221, nr. 1401).

AFDELING II

BENOEMING VAN DE TOEZIENDE VOOGD

§ 1. In elke voogdij fungeert een toezienende voogd

307 In elke voogdij fungeert een toezienende voogd. Er is dus steeds een toezienende voogd voorhanden.

De toezienende voogdij speelt dus niet alleen bij de door de vrederechter opgedragen voogdij (art. 393-395 B.W.), maar ook bij de door de ouder(s) opgedragen voogdij (art. 392 B.W.) en bij de administratieve voogdij van het O.C.M.W. (art. 396, derde lid B.W. *juncto* 63-66 Wet van 8 juli 1976 “betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn”).

Zodoende gaat, in het Belgische recht, de organisatie van de voogdij steeds gepaard met de aanstelling van een toezienende voogd die de voogd dient te controleren: de voogd en de toezienende voogd zijn complementaire voogdijorganen, zij zijn allebei even essentieel met het oog op de behoorlijke werking van de voogdij.

Dit is anders inzake het voorlopig bewind in de zin van de Wet van 18 juli 1991 “betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren” (art. 488*bis* B.W.): naast de voorlopige bewindvoerder schakelt men geen verplicht buitengerechtelijk orgaan in om de bewindvoerder te controleren. Inzake het voorlopig bewind is er (eigenlijk) enkel het (vrede)rechtelijke toezicht. Zoals reeds aangestipt, is er in die zin geen parallellisme tussen de voogdij en het voorlopig bewind (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 386, nr. 67). Sinds de Wet van 3 mei 2003 moet men dat gebrek aan parallellisme nuanceren in die zin dat de beschermde persoon een vertrouwenspersoon kan inschakelen (art. 488*bis*, b § 4 en d B.W.), die een zekere controle kan uitoefenen.

§ 2. In de regel benoemt de vrederechter de toeziende voogd

308 Behoudens het bepaalde in artikel 65 van de O.C.M.W.-Wet, krachtens welk de raad voor maatschappelijk welzijn onder haar leden een toeziende voogd aanwijst, is het steeds de vrederechter die de toeziende voogd aanwijst en benoemt. In beginsel gaat het dus telkenmale om een door de vrederechter opgedragen toeziende voogdij, ook bij de door de ouder(s) opgedragen voogdij. Een door de (langstlevende) ouder(s) aangewezen, in voorkomend geval testamentaire, toeziende voogd bestaat niet (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, IV, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 533, nr. 421). Waar de (langstlevende) ouder(s) krachtens artikel 392 B.W. een voogd kan (kunnen) aanwijzen, slaat dit keuzerecht niet op het aanduiden van een toeziende voogd (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 624, nr. 700). Evenmin kan de langstlevende ouder bepalen dat de door hem gekozen voogd zijn voogdijopdracht mag waarnemen zonder bijstand van een toeziende voogd. De toeziende voogd is immers een wettelijk voogdijorgaan, ook in geval van ouderlijke aanwijzing van de voogd.

De aan de toeziende voogd opgedragen taken verklaren waarom deze figuur (in beginsel) steeds door de vrederechter wordt aangesteld (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, Brussel, Larcier, 1911, 28, nr. 21). Daar zijn belangrijkste taak erin bestaat op het beheer van de voogd toe te zien en gebeurlijk zelfs zijn ontzetting uit te lokken, is bovenal het nodige gezag en een zekere doortastendheid vereist. Hij dient tevens de voogd te vervangen telkens wanneer diens belangen strijdig zijn met die van de pupil, hetgeen impliceert dat hij geenszins dezelfde belangen als de voogd mag hebben. In feite is de toeziende voogd, veeleer dan de voogd zelf, een soort mandataris van de vrederechter (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 625, nr. 700). Een groot deel van diens controlebevoegdheid wordt aldus naar de toeziende voogd doorgeschoven. Het is dan ook geenszins verwonderlijk dat de vrederechter in de regel zijn vertrouwenspersoon zelf benoemt. Een door de ouder(s) aangewezen toeziende voogd kan trouwens bezwaarlijk deze garantie bieden. Het spreekt voor zich dat de (langstlevende) ouder(s) die, gebeurlijk als teken van vriendschap, een bepaalde (gebeurlijk testamentaire) voogd aanstelt (aanstellen), niet tegelijk een ten strengste controlerende toeziende voogd zal (zullen) aanstellen. De langstlevende of enige ouder zal evenzeer geneigd zijn, ook als toeziende voogd, een eigen verwant aan te duiden, waardoor het vereiste objectieve en strenge toezicht afzwakt. Zodoende komt het dan ook aan de vrederechter in zijn hoedanigheid van controle-instantie toe de toeziende voogd te benoemen (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 534, nr. 421).

Een en ander neemt niet weg dat de ouder(s) in het raam van de in artikel 392 B.W. bedoelde aanwijzing een, zij het voor de vrederechter geenszins bindende, als het ware "morele" wens kunnen uitdrukken met het oog op de benoeming van de toeziende voogd (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 386, nr. 69). Deze "aanwijzing" heeft weliswaar niet dezelfde kracht als de aanwijzing van een voogd, maar de vrederechter kan er, naargelang van de omstandigheden,

rekening mee houden: zo kan de gezamenlijke aanwijzing ietwat meer betekenis hebben (A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 111, nr. 272).

309 Zoals de oude artikelen 421, eerste lid *juncto* 422 B.W. het nog uitdrukkelijk bepaalden, moet de benoeming van de toeziende voogd nog steeds plaatsvinden bij de aanvang van de voogdij, dit wil zeggen bij het ontstaan van de voogdij, hetgeen logisch is. Zodra er een voogd fungeert, op wiens beheer moet worden toegezien, ontstaat de behoefte aan een behoorlijke (buitengerechtigde) controle.

De in artikel 394 B.W. bedoelde hoor- en oproepingsplichten zijn niet van toepassing bij de benoeming van de toeziende voogd. Niettemin houdt de benoeming van de toeziende voogd mede verband met de persoon van de pupil: zodoende speelt artikel 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W. en moet de vrederechter de twaalfjarige pupil oproepen om hem te horen (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 19, nr. 36).

§ 3. Beoordelingsbevoegdheid van de vrederechter

A. REGEL

310 In de regel, en onder voorbehoud van de gevallen van onbekwaamheid (art. 397 B.W.) en uitsluiting (art. 398 B.W.) die niet alleen de voogd maar ook de toeziende voogd betreffen (art. 402, derde lid B.W.), wordt de toeziende voogd volkomen vrij door de vrederechter gekozen. De wetgever geeft de vrederechter terzake dezelfde beoordelingsbevoegdheid als bij de keuze van de voogd (art. 393 B.W.), met dien verstande dat de toeziende voogd logischerwijze voldoende onafhankelijk moet zijn ten opzichte van de voogd. Hoewel dit aangewezen is, hoeft de toeziende voogd niet noodzakelijk, evenmin als de voogd zelf, een bloed- of aanverwant te zijn van de pupil.

B. UITZONDERING

311 Het oude artikel 423 B.W. bracht hierop evenwel een belangrijke uitzondering aan: in beginsel mocht de toeziende voogd niet gekozen worden uit die van beide takken van de familie waartoe de voogd behoort.

Dit gold eveneens voor de gevallen waarin een toeziende voogd *ad hoc* aangesteld moest worden. Laatstgenoemde kon bezwaarlijk tot dezelfde familietak behoren als die van hetzij de toeziende voogd (die *in casu* de voogd verving), hetzij de voogd (indien enkel de belangen van de toeziende voogd in strijd waren met die van de pupil, hetgeen *a fortiori* de benoeming van een toeziende voogd *ad hoc* vergde), hetzij de voogd *ad hoc* (indien zowel de belangen van de voogd als die van toeziende voogd in strijd waren met die van de pupil, het-

geen de benoeming van zowel een voogd *ad hoc* als van een toezierende voogd *ad hoc* vergde).

Vgl.: F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 536, nr. 424; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 30-31, nrs. 33-35.

Deze uitzondering houdt vooreerst verband met de (nog steeds aan de orde zijnde) belangrijkste taak van de toezierende voogd, erin bestaande toe te zien op alle handelingen van de voogd, na te gaan of deze alle verplichtingen en vormvoorschriften nakomt en, meer algemeen, toe te zien op het beheer van de voogd. Tevens is de vermelde bepaling onlosmakelijk verbonden met de occasionele handelingsbevoegdheid telkens wanneer de belangen van de voogd strijdig zijn met die van de pupil: zo gebeurlijk de voogd en de toezierende voogd tot een en dezelfde familietak behoren, zou dit niet alleen de adequate uitoefening van voormelde bestendige toezichtopdracht belemmeren (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 111, nr. 99), maar bovenal aan de vermelde vervangingstaak in geval van belangentegenstelling *quasi* alle nut ontnemen. De belangen van de voogd en deze van de toezierende voogd die tot eenzelfde familietak behoren, lopen immers veelal samen (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 30, nr. 30), reden waarom het geen zin heeft *in casu* de voogd door de toezierende voogd te vervangen (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 535-536, nr. 424).

Het oude artikel 423 B.W. strekte er dan ook toe te vermijden dat de voogd en de toezierende voogd dezelfde belangen zouden hebben. De praktijk leerde dat in *quasi* alle vrederechten inderdaad werd aangedrongen om een toezierende voogd te kiezen uit de andere tak van de familie dan die waartoe de voogd behoorde (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 107). Slechts uitzonderlijk stond men een afwijking toe wanneer hierover eenstemmigheid heerste onder alle leden van de familieraad. Een en ander betekende evenwel niet dat de toezierende voogd noodzakelijkerwijze uit de andere familietak dan deze waartoe gebeurlijk de voogd behoorde, diende gekozen te worden. De familieraad kon alsdan evengoed een vriend benoemen (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 536, nr. 424; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 30, nr. 32). Zo gebeurlijk slechts leden van één familietak voorhanden waren, moest de familieraad zelfs een vriend als toezierende voogd benoemen. Ten einde een adequaat toezicht te verzekeren, was het wel aangewezen geen (te) goede vriend van de voogd als toezierende voogd aan te duiden.

In de praktijk hield men veelal rekening met de voorkeur van de voogd. Zeker in geval van ouderlijke voogdij werd de keuze van de toezierende voogd trouwens meestal reeds vóór de bijeenroeping van de familieraad door de vrederechter of de griffier besproken met de ene ouder: een goede verstandhouding tussen de voogd en de toezierende voogd kon de goede werking van de voogdij alleen maar ten goede komen (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 107).

Tevens bleek men in bepaalde vredegerichten terzake een aantal ongeschreven gewoonteregels te hebben ontwikkeld, die evenwel sterk uit elkaar konden lopen (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 107-108). Aldus gaf men in enkele vredegerichten stelselmatig de voorkeur aan de oudste (mannelijke) verwant, zoals bijvoorbeeld de oudste broer van de ene of andere ouder. In andere vredegerichten trachtte men in de mate van het mogelijke te vermijden om een oudere persoon met de opdracht van toeziende voogd te belasten. Soms streefde men ernaar zoveel mogelijk een meerderjarige broer of zus van de pupil aan te duiden, daar deze (veelal) gelijklopende belangen heeft met die van zijn jongere broer of zus. In nog andere vredegerichten trachtte men juist te vermijden terzake personen uit eenzelfde gezin te benoemen wegens de tegenstrijdigheid van belangen die kon optreden bij de verdeling van de nalatenschap. Nog andere regelmatig gehanteerde maatstaven bij de keuze van de toeziende voogd waren bijvoorbeeld de afstand tussen de woonplaats van de voogd en die van de toeziende voogd, de opleiding van de kandidaat en de belangstelling die hij voor de pupil betoonde.

De besproken uitzondering op de principiële vrije keuze van de familieraad gold dan weer niet “wanneer het volle broeders of zussen betrof”. Alsdan mocht de toeziende voogd wel genomen worden uit die tak van de familie waartoe de voogd behoorde. Aldus vermeed men bijvoorbeeld dat, telkenmale een volle broer of zus als testamentaire of als datieve voogd werd aangesteld, de toeziende voogd noodzakelijkerwijze buiten de familietakken zou gezocht moeten worden. De volle broers en zussen behoorden immers tot beide takken van de familie. Elke kandidaat-toeziende voogd binnen de familie behoorde dan zonder meer tot dezelfde familietak als de voogd.

De draagwijdte van het in het oude artikel 423 B.W. neergelegde voorbehoud zorgde evenwel voor betwisting.

Zie: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 111, nr. 99, voetnoot (1).

Waarop sloeg de zinsnede “behalve wanneer het volle broeders of zussen betrof” precies?

Volgens de meerderheidsstrekking in de rechtsleer had die laatste zinsnede een ruime draagwijdte (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 58, nr. 103; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Théorie et pratique de droit civil*, V, *Des personnes*, Parijs, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1908, p. 454-455, nr. 381; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, VII, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, Durand-Hachette et Cie, 1870, p. 219-221, nrs. 369-370; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 626, nr. 701; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 537, nr. 425; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'âge)*, *t.a.p.*, 31, nrs. 36-37). Zo een volle broer of zus als voogd werd aangesteld, kon de toeziende voogd zonder onderscheid uit een van beide takken van de familie worden genomen. Het kon uiteraard ook een volle broer of zus van de pupil zijn. Het was immers geenszins de bedoeling van de wetgever om uit te sluiten

dat, telkenmale een volle broer of zus als voogd werd aangesteld, een tot de familie behorende toeziende voogd zou worden genomen. Het oude artikel 423 B.W. gaf een principe weer, te weten dat de toeziende voogd niet mocht worden genomen uit die tak van de familie waartoe de voogd behoorde. Het maakte hierop tegelijk een uitzondering "wanneer het volle broeders of zussen betrof". Zo de voogd bijvoorbeeld een volle broer van de pupil was, mocht de toeziende voogd uit de ene tak van de familie genomen worden, maar evengoed uit de andere tak. De voogd zelf maakte *in casu* van beide takken van de familie deel uit (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 537, nr. 425).

Het betrof dus wel enkel de volle broers en zussen, en dit omdat zij nu net tot beide takken van de familie behoorden.

Hetzelfde gold voor de door beide ouders ten volle geadopteerde kinderen.

Bij de gewone adoptie strekt de verwantschapsband in de adoptieve familie zich niet verder uit dan de eerste graad: er ontstaat geen verwantschapsband tussen de *adoptandus* en diens afstammelingen enerzijds en de verwanten van de adoptant (art. 353-12 B.W.). De *adoptandus* wordt aldus niet de broer of zus van de kinderen van de adoptant (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 107, nr. 1004).

In het licht van de vermelde meerderheidsstrekking moest het bedoelde voorbehoud ook toepassing vinden wanneer de afstamming met betrekking tot de pupil slechts ten aanzien van één ouder was vastgesteld.

Daarenboven mocht steeds een volle broer of zus als toeziende voogd aangeduid worden, ongeacht tot welke familietak de voogd zelf behoorde. Ook zo de voogdij niet door een volle broer of zus werd waargenomen, kon de toeziende voogdij sowieso aan een volle broer of zus worden toevertrouwd (G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Théorie et pratique de droit civil*, V, *Des personnes*, Parijs, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1908, p. 455, nr. 381).

Tot slot zij nog aangestipt dat zowel het vermelde principe als de uitzondering golden zonder onderscheid voor bloed- en aanverwanten (G. BAERT, *t.a.p.*, p. 58, nr. 103; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 537, nr. 426; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 31, nr. 39). Indien de voogd behoorde tot de ene tak van de familie, mocht de toeziende voogd niet uit diezelfde tak van de familie komen, en dit "zonder onderscheid tussen bloed- en aanverwanten". Indien een volle broer of zus als voogd werd aangesteld, kon de toeziende voogd uit elk van beide takken van de familie worden genomen, eens te meer "zonder onderscheid tussen bloed- en aanverwanten".

312 Het voormelde houdt zonder meer verband met het vereiste dat de toeziende voogd geenszins dezelfde belangen mag hebben als de voogd zelf, hetgeen men bezwaarlijk kan voorhouden zo beide personen tot eenzelfde familietak behoren. Zoals gezegd, betekent dit niet dat de toeziende voogd noodzakelijkerwijze uit de andere familietak dan deze waartoe gebeurlijk de voogd behoort, dient gekozen te worden.

De wetgever van 29 april 2001 blijft dezelfde mening toegedaan: hij houdt uitdrukkelijk als regel aan dat de toezierende voogd bij voorkeur uit de andere lijn wordt gekozen als de voogd een bloed- of aanverwant is in de ene lijn (F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 18-19, nr. 35). Wel wil hij terzake in enige soepelheid voorzien (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 20). Dezelfde regels blijven gelden, zij het niet langer ten titel van verplichting maar wel als richtlijnen: indien de voogd een bloed- of aanverwant in een bepaalde lijn van de pupil is, wordt de toezierende voogd “bij voorkeur” uit de andere lijn gekozen. Het is de vrederechter echter niet bij wet verboden om anders te werk te gaan indien de omstandigheden dit vereisen. Wat eertijds een dwingende bepaling was, is nu een aanbeveling geworden (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 226).

§ 4. *Quid* indien niemand de toezierende voogdij aanvaardt?

313 In het verleden bleek het tamelijk frequent voor te komen dat geen kandidaat toezierende voogd werd gevonden. Uitzonderlijk liet men de post van toezierende voogd zelfs (voorlopig) onbezet. Aangezien de wet evenwel steeds de aanstelling van een toezierende voogd vereist, is het de taak van de vrederechter om deze situatie zo snel mogelijk te verhelpen.

Zie ook: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 107.

Indien niemand aanvaardt de voogdij uit te oefenen, verwijst artikel 396, derde lid B.W. naar de toepassing van de artikelen 63 tot 68 van de O.C.M.W.-Wet. De wet voorziet daarentegen niet in een oplossing voor het geval waarin niemand aanvaardt de toezierende voogdij uit te oefenen. Artikel 402, derde lid B.W. extrapoleert overigens enkel het eerste en het tweede lid van artikel 396 B.W. naar de toezierende voogdij. Indien er niets anders opzit, is het niettemin best de Raad voor Maatschappelijk Welzijn die zich om de toezierende voogdij bekommert (H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 24, nr. 13).

314 Hoe dan ook benoemt de vrederechter een persoon tot toezierende voogd, slechts na zich van zijn toestemming te hebben verzekerd. Niemand is immers verplicht een toezierende voogdij op te nemen (art. 396, eerste lid *juncto* 402, derde lid B.W.). De vrederechter moet zich dan ook van de aanvaarding van de kandidaat-toezierende voogd verzekeren.

§ 5. Splitsingsmogelijkheden

315 Artikel 402, derde lid B.W. inzake de benoeming door de vrederechter van een toezierende voogd, verklaart artikel 395 B.W. van toepassing (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 23, nr. 13). De vrederechter kan dus, indien het belang van de pupil dit wegens uitzonderlijke omstandigheden vereist, meerdere toezierende voogden aanstellen, wier opdracht, in voorkomend geval, is gespiegeld aan de respectieve voogdijopdrachten.

Vgl.: C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *t.a.p.*, p. 387, nr. 72, volgens wie het enkel mogelijk zou zijn de toezierende voogdij te splitsen door een toezierende voogd met betrekking tot de persoon en een toezierende voogd met betrekking tot de goederen te benoemen.

De vrederechter beslecht de gebeurlijke geschillen tussen de (toezierende) voogden (onderling).

Een en ander kan tot gevolg hebben dat, telkenmale in het belang van de pupil, één voogd en één toezierende voogd worden benoemd, maar ook twee of meerdere voogden en één toezierende voogd, dan wel twee of meerdere voogden en twee of meerdere toezierende voogden.

§ 6. Extrapolatie van de artikelen 396-399 B.W.

A. ONTLASTING VAN DE TOEZIENDE VOOGD

316 Indien de toezierende voogd wettige redenen aanvoert, kan de vrederechter hem in de loop van de voogdij ontlasten van zijn opdracht (art. 396, tweede lid *juncto* 402, derde lid B.W.).

B. ONBEKWAAMHEID, UITSLUITING EN ONTZETTING VAN DE TOEZIENDE VOOGD

317 Artikel 397 B.W. betreft de gronden van onbekwaamheid, die van rechtswege uitwerking hebben. In feite kan de vrederechter, in voorkomend geval, hoogstens het bestaan ervan vaststellen. Overeenkomstig artikel 402, derde lid B.W. zijn deze strikt te interpreteren onbekwaamheden gemeenschappelijk aan de voogdij en aan de toezierende voogdij (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 33, nr. 50). Zo kunnen overeenkomstig de artikelen 397, *sub* 1° *juncto* 402, derde lid B.W. minderjarigen de functie van toezierende voogd niet waarnemen (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 34, nr. 59). Hetzelfde geldt voor de geestesgestoorden en voor de personen ten aanzien van wie de jeugdrechtbank een van de maatregelen heeft uitgesproken bedoeld in de artikelen 29-32 van de Jeugdbeschermingswet (Rb. Luik 31 januari 1885, *Cl. et B.*, XXXIII, 1885, 587; Rb. Brussel 21 maart 1984, *T.Vred.* 1984, 257; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 34, nr. 58).

318 Vervolgens komen de gronden van uitsluiting en ontzetting aan bod, neergelegd in artikel 398 B.W. (maar ook in de art. 19, 31-33 Sw. en in de art. 49 *juncto* 52, tweede lid Hyp.W.), die op volstreekte wijze de uitoefening van de toezierende voogdij beletten en die volgen uit toerekenbare handelingen van de toezierende voogd. Zij impliceren dan ook een zekere afkeuring ten opzichte van laatstgenoemde (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 36, nr. 70). Heeft de voogdij geen aanvang genomen, dan is er uitsluiting van de toezierende voogd. Heeft de voogdij wel aanvang genomen, dan is er ontzet-

ting. Daar de toeziende voogd evenwel in de regel geen handelingsbevoegdheid heeft, zullen de aan hem te verwijten gevallen van kennelijk wangedrag in de zin van artikel 398, *sub* 1° B.W., laat staan wanbeheer in de zin van artikel 398, *sub* 2° B.W., eerder zeldzaam zijn (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 36, nr. 71; hoewel, strikt gezien, het bedoelde wangedrag noch het bedoelde wanbeheer geen verband moeten houden met de voogdij).

De vrederechter spreekt de in artikel 398 B.W. bedoelde ontzetting uit hetzij op verzoek van de (toeziende) voogd of op verzoek van het openbaar ministerie, hetzij ambtshalve.

De procedure tot ontzetting verloopt volgens de bijzondere rechtspleging, geregeld in artikel 1235 Ger.W.

Overeenkomstig het oude artikel 426, tweede lid B.W. kon de voogd de ontzetting van de toeziende voogd niet vorderen. Evenmin kon hij zijn stem uitbrengen in de familieraden die te dien einde werden bijeengeroepen. Hierbij wilde de wetgever elke vorm van afhankelijkheid van de toeziende voogd ten aanzien van de voogd uitsluiten.

Zie: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 112, nr. 101: "Rappelons que la mission de surveillance qui oppose réellement le subrogé tuteur au tuteur empêche ce dernier de prendre part à tout vote concernant spécialement le subrogé tuteur: nomination et destitution"; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 36, nr. 72.

Het leek immers logisch dat de voogd elke mogelijkheid moest worden ontnomen die hem zou toelaten om, hetzij rechtstreeks hetzij onrechtstreeks, het in zijnen hoofde te streng aanvoelende controlemiddel van de toeziende voogdij van zich af te schuiven. Dit was de ware *ratio legis* van het oude artikel 426, tweede lid B.W. (Rb. Tongeren 19 december 1854, *B.J.* 1855, (1356), 1357). Dit bleek ten andere duidelijk uit de parlementaire voorbereiding, die bevestigde dat elke afhankelijkheid van de toeziende voogd ten aanzien van de voogd uit den boze moest zijn (M. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, III, *Code civil (art. 312-515)*, Brussel, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, 406). In het licht van de vermelde *ratio legis*, deed het oude artikel 426, tweede lid B.W. wel besluiten dat het enkel hetzij de vrederechter ambtshalve, hetzij een of meer bloed- of aanverwanten en geenszins de voogd zelf toekwam de familieraad bijeen te roepen om zich over de uitsluiting of ontzetting van de toeziende voogd uit te spreken. Aldus bevestigde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren dat voormelde bepaling, waar zij de voogd verbood de ontzetting van de toeziende voogd te vorderen, hem eveneens belette om de ontzetting al was het maar uit te lokken "pour une cause d'incapacité légale" (Rb. Tongeren 19 december 1854, *B.J.* 1855, 1356).

Het voormelde artikel 426 B.W. geldt niet langer. Artikel 402, derde lid B.W. verklaart artikel 399 B.W. zonder meer van toepassing op de toeziende voogdij. Dienvolgens kan het initiatief tot ontzetting van de toeziende voogd in ieder geval uitgaan van het openbaar ministerie en gebeurlijk ambtshalve van

de vrederechter zelf. Maar, bij gebrek aan precisie dienaangaande, kan thans ook de voogd een verzoek tot ontzetting van de toeziende voogd bij de vrederechter indienen. De voogd wordt steeds gehoord (art. 1235, *in fine* Ger.W.).

In geval van bepaalde strafrechtelijke veroordelingen (art. 19 en 31-33 Sw.) is er van rechtswege uitsluiting of ontzetting van de toeziende voogd.

Ook in dezen hebben noch de uitsluiting noch de ontzetting een definitief karakter. De van de toeziende voogdij uitgesloten personen en de ontzette toeziende voogd kunnen bij de vrederechter het herstel in de toeziende voogdijopracht vorderen.

Vgl. nog: Rb. Gent 28 november 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 207, alwaar het (tegen het advies van het Openbaar Ministerie in) passend wordt geoordeeld de moeder, die uit de voogdij van haar kind werd gesloten, het recht toe te kennen de vrederechter te verzoeken om de familiaad bijeen te roepen om te oordelen over haar vraag tot herstel in deze voogdij; G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 881, nr. 1413.

In de praktijk lijkt dit evenwel uitgesloten.

Bij de uitlegging van de bedoelde gronden van uitsluiting en ontzetting premeert het belang van de pupil. Zo verdedigt men dat het huwelijk tussen de voogd en de toeziende voogd een voldoende grond kan vormen om de toeziende voogd te vervangen. In elk geval is het aangewezen dat de interveniërende beroepspersoon de vrederechter van het voogdijforum wijst op dit huwelijk opdat hij desgevallend tot vervanging van de toeziende voogd zou kunnen overgaan (C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *t.a.p.*, p. 387, nr. 73).

§ 7. Bijzondere onbekwaamheid van de toeziende voogd

319 Het oude artikel 450, derde lid B.W. legde aan de voogd het verbod op in beginsel de goederen van de pupil te kopen of in huur te nemen en de overdracht aan te nemen van enig recht of enige schuldvordering ten laste van zijn pupil.

Zie ook: artikel 1596 B.W., dat (nog steeds) bepaalt dat, bij een openbare verkoping, op straffe van nietigheid noch door henzelf noch door tussenpersonen, kopers mogen worden: "voogden, wat betreft de goederen van hen over wie zij de voogdij hebben".

De vraag rees of deze bepaling ten aanzien van de toeziende voogd kon worden geëxtrapoleerd. Daar voormelde bepaling ressorteerde onder Afdeling VIII "Bestuur van de voogd", kon een eventuele extrapolatie in ieder geval bezwaarlijk op grond van het oude artikel 426, eerste lid B.W. geschieden. Met het oude artikel 450, derde lid B.W. wilde de wetgever trouwens enkel vermijden dat de voogd door middel van voormelde rechtshandelingen, gelet op de gebeurlijke tegenstrijdigheid van zijn belangen met die van de pupil, zijn beheersbevoegdheden in zijn voordeel en ten nadele van zijn pupil

zou aanwenden. Daar de toeziende voogd in de regel geen handelingsbevoegdheid heeft, geldt deze vrees voor hem minder. Hij hoefde zich dan ook niet door het oude artikel 450, derde lid B.W. beperkt te zien (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, V, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 116-117, nr. 107): de toeziende voogd kon, in tegenstelling tot de voogd zelf, wel goederen van de pupil kopen en in huur nemen (Luik 4 juni 1845, *Pas.* 1847, II, (134), 135, alwaar het bestreden vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik van 13 januari 1844 (*B.J.* 1844, 358) wordt bevestigd met de overwegingen “que les incapacités sont de droit étroit, qu’elles doivent être prononcées expressément par la loi, et ne peuvent être étendues d’un cas à un autre sous prétexte d’analogie ou d’imprévoyance de la part du législateur” en “d’où la conséquence que l’incapacité prononcée contre les tuteurs ne peut être étendue au subrogé-tuteur”): hij kon dit ook wanneer hij reeds een onverdeeld aandeel in deze goederen bezat (Rb. Verviers 30 oktober 1900, *P.P.* 1903, nr. 1300, (851), 852, hierbij overwegende “qu’on doit tenir pour certain que le subrogé-tuteur, surtout quand il a une part indivisée dans les biens, peut acheter les immeubles de la mineure, l’article 1596 C.c. devant être interprété restrictivement”). In dezelfde zin kon de toeziende voogd een recht of een schuldvordering van de pupil overnemen (F. LAURENT, *a.w.*, V, p. 117, nr. 107). Ook het oude artikel 451, tweede lid (thans: art. 406 § 2, vierde lid) B.W. *juncto* artikel 1181, tweede lid Ger.W. speelde niet ten aanzien van de toeziende voogd (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d’age)*, *t.a.p.*, 35, nr. 66).

320 De vermelde verbodsbepaling is nu vervat in artikel 411 B.W. Deze bepaling betreft expliciet de voogd én de toeziende voogd. Geen van beiden kan goederen van de minderjarige verkrijgen, noch rechtstreeks noch door een tussenpersoon, behalve op grond van de Wet van 16 mei 1900 “tot wijziging van het erfstelsel voor de kleine nalatenschappen”, van de Wet van 29 augustus 1988 “op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit” of in het raam van een gerechtelijke of minnelijke verdeling overeenkomstig artikel 1206 Ger.W. Zij kunnen de goederen van de minderjarige slechts in huur nemen wanneer de vrederechter daartoe op schriftelijk verzoek machtiging verleent. In dat geval bepaalt de vrederechter in zijn beschikking de huurvoorwaarden, alsook de bijzondere waarborgen verbonden aan de aldus toegestane huur.

§ 8. Geldt artikel 907 B.W. ook voor de toeziende voogd?

321 De toeziende voogd valt niet onder het toepassingsgebied van artikel 907 B.W., krachtens welk de voogd in beginsel relatief (rechts)onbekwaam is om giften van zijn (gewezen) pupil te ontvangen zolang de slotrekening over de voogdij niet gedaan en aangezuiverd is.

Zie terzake: S. MOSSELMANS, “Art. 907 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 15-21, nrs. 38-59.

De bestaansreden van het in voormelde bepaling neergelegde wettelijke vermoeden *juris et de jure* is het gezag en de macht die de voogd ingevolge zijn voogdijopdracht over zijn pupil heeft met als gevolg diens afhankelijkheid te zijnen opzichte (M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht van rechtspraak: Giften (1985-1992)", *T.P.R.* 1994, p. 1640, nr. 38).

Het gezags- en bijgevolg beïnvloedingsvermogen van de toeziende voogd is daarentegen dermate gering, dat misbruik ervan door de toeziende voogd dan ook moeilijk denkbaar is (F. LAURENT, *a.w.*, V, p. 117, nr. 107; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 35, nr. 65). De toeziende voogd moet ten andere geen voogdijrekening of voogdijverslag opmaken: de verplichtingen bedoeld in de artikelen 413-420 B.W. gelden enkel ten aanzien van de voogd, niet ten aanzien van de toeziende voogd.

AFDELING III

EINDE VAN DE TOEZIENDE VOOGDIJ(OPDRACHT)

§ 1. Toeziende voogdij eindigt op hetzelfde tijdstip als de voogdij

322 Eens de voogdij eindigt, heeft de bestendige toezichtsoverdracht aan de zijde van de toeziende voogd geen verdere reden van bestaan meer. Waar er geen voogdij meer te beheren is, verdwijnt de nood aan toezicht op het beheer (F. LAURENT, *a.w.*, V, p. 123-124, nr. 115). In die zin bepaalt artikel 402, vierde lid B.W. dat de toeziende voogdij eindigt op hetzelfde tijdstip als de voogdij. Dit betekent dat het mandaat van de toeziende voogd ophoudt, telkens wanneer de pupil niet meer onder voogdij staat (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 629, nr. 704).

§ 2. Gevallen van beëindiging

323 De gevallen van beëindiging van de voogdij moeten onderscheiden worden van de gevallen waarin er een einde komt aan de voogdijopdracht van een bepaalde voogd of van een bepaalde toeziende voogd terwijl het voogdijgezag blijft voortduren.

Zie: P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 196, nrs. 1297-1299, alwaar terzake de gevallen van beëindiging *a parte pupilli* en deze *a parte tutoris* worden onderscheiden.

A. GEVALLEN VAN BEËINDIGING AAN DE ZIJDE VAN DE PUPIL

324 Het voogdijgezag zelf neemt een einde bij de meerderjarigheid of de ontvoogding van de pupil, evenals bij diens overlijden (R. DEKKERS, *Handboek van burgerlijk recht*, I, *Inleiding – Personenrecht – Zakenrecht – Overschrijving – Verjaring*, Brussel, Bruylant, 1956, p. 323, nr. 505; A. KLUYSKENS,

a.w., VII, p. 629, nr. 704). De voogdij eindigt ook wanneer er, al was het maar langs één lijn, een juridische afstammingsband tot stand komt (inz. door adoptie) en wanneer uit een rechterlijke beslissing blijkt dat de onmogelijkheid tot gezagsuitoefening niet meer bestaat (art. 1236*bis* § 5 Ger.W.).

In deze gevallen neemt overeenkomstig artikel 402, vierde lid B.W. ook de opdracht van de toezienende voogd een einde.

B. GEVALLEN VAN BEËINDIGING AAN DE ZIJDE VAN DE VOOGD

325 De voogdijopdracht van een bepaalde voogd eindigt zo deze om wettige redenen in de zin van artikel 396 B.W., onbekwaamheid (art. 397 B.W.), ontzetting (art. 398 B.W.) of overlijden zijn mandaat niet meer waarneemt, gevallen waarin het voogdijgezag zelf wel blijft voortduren.

Zie bv.: Vred. Gent (7^{de} kanton) 29 september 1982, *T.Vred.* 1987, 8, alwaar wordt geoordeeld dat de beslissing van een familieraad, onder het voorzitterschap van een plaatsvervangende vrederechter, om tijdens het bestaan van een wettige voogdij een datieve voogd te benoemen volstrekt nietig is, dat de testamentaire voogdij slechts openvalt na het overlijden van de langstlevende ouder en de vrederechter vervolgens ambtshalve de familieraad samenroept ten einde de nietigheid te herstellen.

Voormelde voogd wordt door toedoen van de toezienende voogd onmiddellijk vervangen door een nieuwe voogd (art. 404, tweede lid B.W.).

In deze gevallen wordt de opdracht van de toezienende voogd niet beëindigd. De toezienende voogd moet bijvoorbeeld ook niet herbenoemd worden.

Vgl.: *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, t.a.p., 59, nr. 220.

Zijn opdracht duurt voort gedurende de hele voogdij en in beginsel los van de gebeurlijke vervanging van de voogd in functie, hetgeen eens te meer het essentiële karakter van de toezienende voogdij beklemtoont (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 111, nr. 100).

326 Vóór de Wet van 29 april 2001 rees een probleem zo de familieraad, ingeval de voogdijopdracht van een bepaalde voogd een einde nam, een nieuwe (datieve) voogd benoemde, behorende tot dezelfde tak van de familie als die waartoe de toezienende voogd behoorde.

Men kon de familieraad bezwaarlijk het niet wettelijk bepaalde verbod opleggen om terzake een datieve voogd te benoemen, behorende tot diezelfde tak van de familie dan die waartoe de toezienende voogd behoorde (vgl.: oud art. 423 B.W.). De familieraad diende, weliswaar met het belang van de minderjarige voor ogen, zijn principiële keuzevrijheid met het oog op de benoeming van een datieve voogd te behouden. Evenmin kon men in voormelde hypothese de opdracht van de toezienende voogd als van rechtswege beëindigd aanzien (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 111, nr. 100). Anderzijds botste het geval, waarbij zowel de nieuwe (datieve) voogd en de reeds in functie zijnde toe-

ziende voogd tot eenzelfde tak van de familie behoorden, met het oude artikel 423 B.W. dat, zoals reeds hoger gezegd, ertoe strekte te vermijden dat de voogd en de toeziende voogd dezelfde belangen zouden hebben. Vandaar dat de familieraad alsdan de reeds in functie zijnde toeziende voogd overeenkomstig het oude artikel 423 B.W. door een nieuwe toeziende voogd (behoorende tot de andere tak van de familie dan die waartoe de nieuwe datieve voogd behoorde) diende te vervangen (H. DE PAGE, *a.w.*, p. 111, nr. 100; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 536, nr. 424; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 30-31, nrs. 33-35).

Thans kent artikel 402, tweede lid B.W. meer vrijblijvende bewoordingen: indien de voogd in een bepaalde lijn verwant is met zijn pupil, kiest de vrederechter de toeziende voogd "bij voorkeur" uit de andere lijn. Welnu, diezelfde richtlijn blijft gelden voor de vrederechter wanneer hij, bij het openvallen van de voogdij, een nieuwe voogd benoemt en er reeds een toeziende voogd fungeert die in een bepaalde lijn verwant is met de pupil. Alsdan kiest de vrederechter "bij voorkeur" een voogd uit de andere lijn.

C. GEVALLEN VAN BEËINDIGING AAN DE ZIJDE VAN DE TOEZIENDE VOOGD

327 De (toeziende) voogdijopdracht van een bepaalde toeziende voogd eindigt zo deze om wettige redenen in de zin van artikel 396 B.W., onbekwaamheid (art. 397 B.W.) of ontzetting (art. 398 B.W.) zijn mandaat niet meer waarneemt. Wanneer aldus een einde komt aan de (toeziende) voogdijopdracht van een bepaalde toeziende voogd, blijft de toeziende voogdij voortduren (F. LAURENT, *a.w.*, V, p. 124, nr. 115; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 59, nr. 221). Hetzelfde geldt bijvoorbeeld zo de toeziende voogd overlijdt in de loop van de voogdij.

Telkenmale moet de vrederechter een nieuwe toeziende voogd benoemen. De wet bepaalt niets over de procedure die moet leiden tot de benoeming van een nieuwe toeziende voogd. De mogelijkheid bestaat dat de vrederechter niet eens op de hoogte is. Waar, overeenkomstig artikel 50 § 2, eerste lid B.W., de ambtenaar van de burgerlijke stand de vrederechter in kennis stelt van het overlijden van de voogd, hoeft hij dit niet te doen bij een overlijden van de toeziende voogd. Uiteraard is de vrederechter wel op de hoogte wanneer hij de toeziende voogd ontlast in de zin van artikel 396, tweede lid B.W., zo ook in geval van ontzetting (art. 1235 Ger.W.). In voorkomend geval doet de vrederechter (bij de benoeming van een nieuwe toeziende voogd) beroep op zijn initiële bevoegdheid bedoeld in artikel 402, eerste lid B.W. via de algemene procedure bepaald in artikel 1233 Ger.W. Op de voogd rust eigenlijk geen bevoegdheid om te dien einde een verzoek in te dienen, terwijl de vrederechter evenmin ambtshalve mag optreden (F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 19, nr. 36).

In de praktijk blijkt men, bij gebrek aan een nieuwe kandidaat, de post al eens onbezet te laten, zeker wanneer de minderjarige nagenoeg meerderjarig is en het einde van de voogdij bijna bereikt is (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN,

a.w., 107). Bovendien ondervinden vele vrederechters dat zij ten onrechte niet officieel op de hoogte gebracht worden van het gebeurlijke overlijden van de toezierende voogd. Het is veeleer op toevallige wijze dat het wegvallen van de toezierende voogd hen ter ore komt en dat zij dus weten dat zij een nieuwe toezierende voogd moeten aanstellen. In het licht daarvan kan men betwijfelen of in elke voogdij (nog) wel een toezierende voogd in functie is (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 110).

De toezierende voogdij zelf daarentegen eindigt, overeenkomstig artikel 402, vierde lid B.W., slechts op hetzelfde tijdstip als de voogdij: *accessorium sequitur principale*.

Aldus: A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 629, nr. 704.

HOOFDSTUK II TAKEN VAN DE TOEZIENDE VOOGD

AFDELING I

AARD VAN DE AAN DE TOEZIENDE VOOGD TOEKOMENDE TAKEN

328 De toezienende voogdij is eigen aan elke (soort) voogdij. Zowel de door de ouder(s) opgedragen voogdij als de door de vrederechter opgedragen voogdij (en de administratieve voogdij) zijn aan het toezicht van een toezienende voogd onderworpen. Het namens de vrederechter uitgeoefende toezicht is essentieel (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 110, nr. 98.A). Net om die reden preciseerden de oude artikelen 421-422 B.W. op minutieuze wijze het tijdstip en de modaliteiten van zijn aanstelling. Vooraleer de aanstelling van de toezienende voogd had plaatsgevonden, kon de voogd zich bezwaarlijk met zijn opdracht inlaten.

329 Niettemin heeft de toezienende voogd slechts de bevoegdheden die hem uitdrukkelijk bij wet zijn opgedragen (Rb. Gent 20 juli 1898, *Pas.* 1899, III, 133; Rb. Gent 21 november 1900, *J.J.P.* 1901, 396). Daarbuiten komt het hem niet toe zich (formeel) met het optreden van de voogd in te laten, zelfs niet op verzoek van de vrederechter (Rb. Brussel 19 oktober 1887, *Pas.* 1888, III, 97; Rb. Luik 14 juli 1949, *Pas.* 1950, III, 9; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 110, nr. 98.B). Het voormelde impliceert tevens dat de toezienende voogd geen bijstand kan verlenen noch kan tussenkomen in rechtshandelingen waarvoor de wet in deze bijstand of tussenkomst niet voorziet.

AFDELING II

BELANGRIJKSTE TAAK VAN DE TOEZIENDE VOOGD

§ 1. Toezicht houden op de voogd

330 De essentie van het optreden van de toezienende voogd bestaat erin toe te zien op alle handelingen van de voogd, na te gaan of deze alle verplichtingen en vormvoorschriften nakomt en, meer algemeen, namens de vrederechter toe te zien op het fungeren van de voogd (G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, p. 882, nr. 1416). Volgens DE PAGE betreft de toezienende voogdij “une espèce de censeur, placé aux côtés du tuteur pour surveiller les actes de celui-ci, pour vérifier s’il

accomplir bien toutes les formalités et obligations que lui impose la loi, et pour s'assurer s'il s'acquitte avec fidélité de l'administration dont il est chargé" (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 108, nr. 96.A).

Dit is de belangrijkste taak van de toezierende voogd.

Vóór de Wet van 29 april 2001 stond dit niet duidelijk geformuleerd in de wet. Overeenkomstig het oude artikel 420, eerste lid B.W. zou de taak van de toezierende voogd zich ertoe beperken de belangen van de pupil waar te nemen wanneer deze in strijd zijn met de belangen van de voogd (R. DEKKERS, *Handboek van burgerlijk recht*, I, *Inleiding – Personenrecht – Zakenrecht – Overschrijving – Verjaring*, Brussel, Bruylant, 1956, p. 321, nr. 500). Niets is minder waar. De toezichtopdracht heeft steeds centraal gestaan. Zij werd afgeleid uit een traditie overgeleverd van het gewoonterecht en uit het samen lezen van de bepalingen her en der verspreid in het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek die handelen over de toezierende voogd (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 108-109, nr. 96.A; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 105-106).

331 De bestendige toezichtopdracht is thans ook als dusdanig verwoord in het Burgerlijk Wetboek: "de toezierende voogd houdt toezicht op de voogd" (art. 403, eerste lid B.W.). Dit toezicht behelst niet enkel het vermogensbeheer maar ook het door de voogd uitgeoefende gezag over de persoon van de pupil (F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 18, nr. 34).

Zoals verder bepaald, concretiseert de wetgever dit algemeen toezicht in een heel gamma van toepassingen.

Zie reeds: R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 321-322, nr. 501.

§ 2. Permanent toezicht

332 De wetgever verwacht duidelijk een permanent toezicht.

Dit bleek ook vroeger reeds uit het oude artikel 421 B.W., krachtens welk de voogd slechts in functie kon treden of zijn eigenlijke voogdijopdracht maar eerst kon aanvatten zodra een toezierende voogd was benoemd.

Het bedoelde bestendige toezicht maakt dat de toezierende voogd steeds elke onregelmatigheid die mogelijkwijze het belang van de pupil aantast, moet kunnen melden.

333 De vraag rijst hoe deze bestendige toezichtopdracht *in concreto* mogelijk is.

Overeenkomstig het oude artikel 470 B.W. kon de voogd verplicht worden om gedurende de voogdij, zij het "op de tijdstippen die de familiaaraad mocht hebben bepaald" en "zonder dat de

voogd kon worden genoodzaakt er ieder jaar meer dan één in te leveren”, (jaarlijkse) staten betreffende het beheer aan de toezienende voogd over te leggen. De naleving van deze bepaling leek terzake een *conditio sine qua non* (A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 627, nr. 702). De in dit artikel neergelegde verplichting voor de voogd om aan de toezienende voogd staten betreffende zijn beheer voor te leggen, was evenwel slechts facultatief. Met het oog op een efficiënte controle had deze verplichting in rechte afdwingbaar moeten zijn (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, IV, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1870, p. 538, nr. 527). Niettemin kon de toezienende voogd maar de overlegging van een jaarlijkse staat betreffende het beheer van de voogd eisen, indien de familieraad het beval (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, Brussel, Larcier, 1911, 41, nr. 103). De mogelijkheid om van dit middel van toezicht gebruik te maken, hing met andere woorden van de goede wil van de familieraad af, daar enkel dit voogdij-orgaan de voogd tot overlegging van een jaarlijkse staat kon dwingen (Rb. Brussel 25 april 1888, *P.P.* 1889, 872, nr. 721). Dit bleek in de praktijk zelden het geval te zijn, hetgeen de kans dat de toezienende voogd de gebeurlijk door de voogd gepleegde fraude kon achterhalen, alleen maar verkleinde (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 627, nr. 702). De toezienende voogd kon hoe dan ook bitter weinig directe controle bewerkstelligen, laat staan dwangmiddelen aanwenden ten aanzien van de voogd (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 111-112, nr. 101). Dit is nu verholpen.

Sedert de Wet van 29 april 2001 heeft de toezienende voogd recht op inzage van de jaarlijkse rekening inzake het door de voogd gevoerde vermogensbeheer (art. 413, eerste lid B.W.). Hetzelfde geldt voor het door de voogd overeenkomstig artikel 420, tweede lid B.W. te redigeren verslag over de opvoeding en de opvang van de pupil, alsook over de genomen maatregelen voor de ont-plooiing van diens persoon.

334 Stelt de toezienende voogd vast dat de voogd tekortschiet in de uitvoering van zijn opdracht, dan moet de toezienende voogd de vrederechter daarvan onverwijld in kennis stellen (art. 403, eerste lid B.W.). Dit geldt zowel met betrekking tot de opvoeding van de pupil als met betrekking tot het beheer van diens vermogen. De thans uitdrukkelijk bepaalde “verklikking” biedt een welgekomen verzuchting.

In de praktijk bleken immers heel wat vrederechters verveeld te zitten met de taakomschrijving van de toezienende voogd, te meer daar de oude wetgeving bitter weinig houvast bood. Daar zijzelf evenmin beperkte controlemogelijkheden bezaten, verwachtten de vrederechters nochtans veel van de toezienende voogd (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 108-110). Bij gebrek aan een eigen sociale dienst, droeg een niet onbelangrijk aantal vrederechters aan de toezienende voogd op om toezicht te houden over alles wat de voogd uitvoerde in de loop van de voogdij, zowel wat betreft het beheer van de goederen van de pupil als wat betreft het gezag over zijn persoon (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 111, nr. 101).

Nochtans zij opgemerkt dat het overgrote deel van de vroegere voogdijen betrekking hadden op de wettelijke voogdij van de ene ouder. Alsdan behield de ene ouder zijn volledige bevoegdheid aangaande het gezag over de persoon van zijn minderjarige kinderen. In geval van gedeeltelijke voogdij, oefende hij immers dit gezag uit als enige titularis van het ouderlijk gezag. Te dezen was evenwel geen enkele (controle)bevoegdheid voorbehouden aan voogdijorganen, zoals de familieraad, de toezienende voogd of de vrederechter. Strikt gezien, konden zij zich bezwaarlijk in deze aangelegenheid mengen. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen oordeelde wel dat wanneer

de vader, in feite, de materiële bewaring van zijn kind had toevertrouwd aan de toeziende voogd en diens echtgenote (*in casu* de oom en de tante van de overleden moeder) en hij zijn inzicht te kennen had gegeven de inschrijvingskosten aan de universiteit voor zijn zoon te betalen, hij als opdrachtgever gehouden was, de inschrijvingskosten die door de toeziende voogd en zijn echtgenote waren voorgeschoten, terug te betalen (Rb. Bergen 20 maart 1963, *Pas.* 1963, III, 71, noot). De Vrederechter te Sint-Gillis oordeelde dat de toeziende voogd wel de vereiste hoedanigheid had om ten behoeve van de minderjarige een onderhoudsbijdrage te vorderen ten laste van de langstlevende "ouder-voogd" (Vred. Sint-Gillis 8 juli 1983, *T.Vred.* 1986, 113).

Het voormelde nam niet weg dat, ook in geval van gedeeltelijke voogdij, de rechtspraktijk aan de toeziende voogd een belangrijke rol toebedeelde in de verhouding "vrederechter-voogd" wat betreft de zorg voor de persoon van de minderjarige (H. NUYTINCK, "De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk", *T.P.R.* 1979, p. 54, nr. 37). Het kwam de toeziende voogd veelal toe de plaats van de overleden (andere) ouder in te nemen en aldus de langstlevende (enige) ouder te controleren in het belang van de kinderen.

Het merendeel van de vrederechters leek erop te vertrouwen dat de toeziende voogd een globaal toezicht hield op het doen en laten van de voogd.

Zie: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 109, die terzake de maximalisten van de minimalisten onderscheidt.

Zij aanzagen de toeziende voogd als hun verlengstuk, als hun medewerker. Vanuit hun eigen machteloosheid om de ingerichte voogdij op te volgen, verzochten de vrederechters dan aan de toeziende voogden om hen te signaleren wanneer hun tussenkomst nodig zou zijn. Dergelijke opdracht miste uiteraard elke rechtsgrond (H. NUYTINCK, *t.a.p.*, p. 55, nr. 37).

Aldus kreeg de in het raam van een gedeeltelijke voogdij aangestelde toeziende voogd vaak ten onrechte de indruk dat hij het gedrag van de voogd en van de minderjarige moest controleren. Tot ongenoegen van vele weduwen en weduwnaars gingen verscheidene toeziende voogden zich met de opvoeding en de verzorging van hun kinderen bemoeien (H. NUYTINCK, *t.a.p.*, p. 55, nr. 37; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 109-110).

Andere vrederechters, die zich ten volle bewust waren van de gebeurlijk misbruikte bemoeizucht, hoedden zich ervoor de controletaak van de toeziende voogd al te zeer te benadrukken (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 109). Zij zagen ten andere niet goed in welke specifieke opdracht kon worden meegegeven aan de toeziende voogden en hoe zij zouden kunnen rekenen op efficiënte hulp. Zij trachtten de toeziende voogd eerder buiten de uitoefening van de voogdij te houden.

Hoe dan ook is de toeziende voogd steeds aangezien als een soort "verklikingsmechanisme" voor het geval er iets misloopt met de voogdij en er gebeurlijk moet worden ingegrepen. Dit is wat artikel 403, eerste lid B.W. nu uitdrukkelijk verwoordt: de toeziende voogd moet permanent toezien en, in geval van problemen, de alarmbel doen rinkelen. In voorkomend geval kan de vrederechter de bedoelde informatie doorgeven aan de diensten van het openbaar ministerie met het oog op "het passende gevolg" (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 42-43).

335 De toeziende voogd, die aldus het recht én de plicht heeft om toezicht te houden, zowel inzake het beheer van de goederen van de pupil als inzake het

gezag over diens persoon, zoals dit door de voogd wordt waargenomen, kan dit niet op adequate wijze zonder contact te hebben met de betrokken pupil. In die optiek lijkt het niet uitgesloten om de toezienende voogd het benodigde recht op persoonlijk contact toe te kennen (art. 375*bis* B.W.).

Zie trouwens: Jeugdrb. Kortrijk 22 december 1992, *R.W.* 1992-93, 1141.

336 De toezienende voogd kan de vrederechter ook verzoeken om de ontzetting van de voogd (art. 399 B.W.).

§ 3. Belang van de pupil

337 Het weze hoe dan ook benadrukt dat de toezienende voogd de hem opgedragen toezichtsoverdracht bovenal in het belang van de pupil dient ter harte te nemen.

338 Voor de goede orde benadrukt de wetgever van 29 april 2001 dat “de voogd alle medewerking dient te verlenen teneinde de toezienende voogd in staat te stellen dit toezicht uit te oefenen” (art. 403, tweede lid B.W.; *Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 31).

§ 4. Toepassingen

339 Zoals reeds aangestipt, komt het bedoelde algemeen toezicht tot uiting in de veelvuldige wettelijke bepalingen die de aanwezigheid van de toezienende voogd bij sommige rechtshandelingen van de voogd vooropstellen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 112, nr. 102).

Dit is vooreerst het geval voor de bij de aanvang van de voogdij te redigeren boedelbeschrijving. Luidens artikel 406 § 2, tweede lid B.W. geschiedt de redactie “in ieder geval in aanwezigheid van de toezienende voogd”.

De aanwezigheid van de toezienende voogd is eveneens vereist bij de verkoop van onroerende goederen die geheel of gedeeltelijk aan de pupil toebehoren (art. 1186, derde lid, 1187, vierde lid en 1193*bis*, zesde lid Ger.W.), alsook bij de verdeling en veiling van onverdeelde goederen van de pupil (art. 1206, tweede lid Ger.W.).

340 Overeenkomstig artikel 52, derde lid Hyp.W. is de toezienende voogd, op zijn persoonlijke verantwoordelijkheid, gehouden erover te waken dat de bedoelde hypothecaire inschrijving op de onroerende goederen van de voogd ook effectief (“wettig”) wordt genomen (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 390, nr. 80). De wettelijke hypotheek in het voordeel van de pupil wordt immers slechts tegenwerpbaar door en vanaf haar inschrijving op het daartoe bevoegde hypotheekkantoor.

Sedert de Wet van 29 april 2001 wordt de inschrijving genomen op verzoek van de griffier en niet meer door de voogd of door de toeziende voogd zelf (art. 52, eerste lid Hyp.W.).

Die inschrijving gebeurt overeenkomstig het gemene recht.

Zie terzake: Chr. ENGELS, “De wettelijke hypotheek van de minderjarigen en van de onbekwaam-verklaarden”, in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 368-369, nrs. 808-809.

Hoewel de wet geen termijn bepaalt voor het nemen van de inschrijving, moet de toeziende voogd erover waken dat de inschrijving wordt genomen vooraleer de voogd het beheer opneemt (Rb. Gent 14 december 1881, *Pas.* 1882, III, 333): indien de voogd zich, vooraleer deze formaliteit is vervuld, meer met het beheer inlaat dan is toegestaan op grond van de beschikking gegeven krachtens artikel 391 B.W., kan de vrederechter hem de voogdij onttrekken overeenkomstig artikel 398 B.W. (art. 52, tweede lid Hyp.W.). Indien de inschrijving laattijdig gebeurt, kan de toeziende voogd hiervoor aansprakelijk worden gesteld overeenkomstig de artikelen 1382-1383 B.W.

341 In bepaalde gevallen stelt de wetgever zelfs een gezamenlijk optreden verplicht.

Reeds krachtens het oude artikel 61 Hyp.W. kon de voogd, zonder bijstand van de toeziende voogd, geen terugbetaling ontvangen van niet-opeisbare kapitalen of van schuldvorderingen met tijdsbepaling die eerst na de meerderjarigheid van de minderjarige zouden vervallen. In diezelfde optiek legt artikel 409 § 2, eerste lid B.W. nog steeds de medeondertekening van de toeziende voogd op bij kwijting door de voogd inzake kapitalen die de minderjarige in de loop van de voogdij ontvangt.

Anders dan voorheen, betreft het bedoelde vereiste van medeondertekening nu duidelijk “alle” aan de pupil toekomstige kapitalen: ook al gaat het om andere dan niet-opeisbare, dan wel onvoorzienbare kapitalen.

Anders blijkbaar: J. GERLO, *Handboek voor familierecht 1 – Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 323, nr. 809.

Deze bepaling breekt dus met het oude artikel 61, eerste lid Hyp.W. Zodoende moet de notaris er steeds over waken dat voor de betaling van iedere koopprijs de kwijting wel degelijk door zowel de voogd als de toeziende voogd wordt gegeven.

Zie: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 236; S. MOSSELMANS, “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 136-137, nr. 306.

Een expliciete vermelding dienaangaande en de eventuele uitschrijving van de cheque op naam van voogd én toeziende voogd zijn aan te bevelen.

342 Verder is ook de rechter verplicht de toezienende voogd te horen in een ganse reeks wettelijk bepaalde aangelegenheden (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 389, nr. 78).

Dit is het geval bij het nemen dan wel wijzigen van de (vrederechterlijke) basisbeschikking(en) met betrekking tot de werking van de voogdij (art. 407 B.W.).

Wanneer de vrederechter, tijdens de voogdij, op verzoek van de voogd de voorwaarden bepaalt waaronder de op rekening van de pupil geplaatste kapitalen (art. 407 § 1, *sub* 4° B.W.) later op een meer rendabele wijze kunnen worden geplaatst (art. 409 § 2, vierde lid B.W.), wint hij het advies van de toezienende voogd in.

Krachtens artikel 478, tweede lid B.W. moet de jeugdrechtbank de toezienende voogd horen alvorens, op verzoek van de voogd, een beslissing tot ontvoogding van de minderjarige wees te nemen.

343 De bestendige toezichtsofdracht van de toezienende voogd geeft hem zelfs het recht, en soms de plicht, om in een aantal bij wet omschreven gevallen in rechte op te treden, zo nodig een procedure in te leiden.

Zo is het de toezienende voogd mogelijk om, in voorkomend geval te exclusieven titel, een verzoekschrift tot ontvoogding van de minderjarige wees in te dienen, procedure waarin de voogd wordt gehoord of opgeroepen (art. 478, tweede lid B.W.).

In de lijn van het oude artikel 446, eerste lid B.W., behoort de toezienende voogd, overeenkomstig artikel 399 B.W., tot de initiatiefgerechtigden om de voogd uit de voogdij te doen ontzetten.

AFDELING III

BIJKOMENDE OPDRACHT VAN DE TOEZIENDE VOOGD

§ 1. Toezienende voogd vervangt de voogd

344 De in artikel 403 B.W. bedoelde bestendige toezichtsofdracht van de toezienende voogd betekent in geen geval een bestendige handelingsbevoegdheid (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 37, nr. 80). Aldus kan de toezienende voogd, in toepassing van zijn toezichtsofdracht, bezwaarlijk een door toedoen van de voogd tot stand gekomen rechtshandeling doen nietigverklaren (*Pand. b.*, CIII, *a.w.*, *t.a.p.*, 43-44, nr. 122). Hij kan enkel ageren in de gevallen en op de wijze bij wet bepaald. Daar de toezienende voogd zijn toezichtsofdracht namens de vrederechter uitoefent, is het aan deze laatste om, zo nodig, de voogd terecht te wijzen.

De toezierende voogd kan in beginsel niet namens de voogd optreden, ook niet om (spoedeisende) bewarende maatregelen te nemen (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 106; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 41, nr. 104). Hij kan dit enkel bij wijze van uitzondering in de gevallen bij wet bepaald (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 113, nr. 103). Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel dat, waar de aan de toezierende voogd toegemeten bevoegdheden bij wet zijn beperkt, het niet aan enige (rechterlijke) instantie toekomt deze uit te breiden of in te krimpen: de handelingsbevoegdheid van de toezierende voogd is ten andere op strikte wijze in de wet bepaald (Rb. Nijvel 6 oktober 1959, *Rec. Niv.* 1960, (92), 94). Zelfs indien de functie van voogd vacant is, vervangt hij de voogd niet van rechtswege. In dat geval moet hij een nieuwe voogd doen benoemen.

345 De occasionele handelingsbevoegdheid betreft slechts een bijkomende opdracht van de toezierende voogd. Overeenkomstig artikel 404, eerste lid B.W. vervangt de toezierende voogd de voogd telkens wanneer diens belangen strijdig zijn met die van de pupil. Die wettekst bepaalt dat hij in die gevallen “ageert”: hij neemt als het ware het voogdijbeheer waar voor een specifieke (rechts)handeling (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 539, nr. 427). Voormelde bepaling geeft een algemeen principe weer dat toepasselijk is ten aanzien van alle juridische en andere handelingen van de voogd (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 43, nr. 119).

§ 2. Belangentegenstelling

346 Vaak zullen de tegenstrijdige belangen aan bod komen bij de verdeling van een nalatenschap, waarin zowel de voogd als zijn pupil geïnteresseerd zijn (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 628, nr. 702). De minnelijke verdeling moet geschieden in aanwezigheid van de voogd en de toezierende voogd (art. 1206, tweede lid Ger.W.). In geval van belangentegenstelling zal de toezierende voogd dus optreden als voogd en zal door de vrederechter een toezierende voogd *ad hoc* worden aangesteld (aldus: Chr. DE WULF, “Erfenissen, schenkingen en legaten – Verzegeling en boedelbeschrijving – Verdelingen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 346, nrs. 780-781). De bevoegde vrederechter is deze voor wie de voogdij werd ingericht. Indien de belangen van de toezierende voogd én van de voogd beiden strijdig zijn met de belangen van de minderjarige, benoemt de vrederechter op verzoek van iedere belanghebbende of zelfs ambtshalve een voogd *ad hoc* en een toezierende voogd *ad hoc*. Artikel 1206, tweede lid Ger.W. bepaalt in verband met de strijdigheid van belangen van de toezierende voogd bij een verdeling, dat deze strijdigheid van belangen tussen hem en de pupil geen grond oplevert tot vervanging. Deze regel is enkel van toepassing in de gevallen waar alleen de toezierende voogd een strijdig belang heeft. Indien de voogd ook een tegengesteld belang heeft, moet, zoals gezegd, een voogd *ad hoc* en een toezierende voogd *ad hoc* worden aangeduid.

347 De bedoelde belangentegenstelling kan ook ontstaan wanneer de voogd met de pupil een overeenkomst sluit.

Om elk risico uit te sluiten, verbiedt artikel 411 B.W. zelfs, in algemene bevoordingen, elke “verkrijging”, rechtstreeks of via een tussenpersoon, door de voogd van goederen die aan zijn pupil toebehoren. Artikel 1596 B.W. herhaalt dit nog eens uitdrukkelijk voor de openbare verkoping.

Als uitzondering vermeldt artikel 411 B.W.: de verkrijging op grond van de Wet van 16 mei 1900 “tot wijziging van het erfstelsel voor de kleine nalatenschappen”, dan wel op grond van de Wet van 29 augustus 1988 “op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit”. Daar wordt nog aan toegevoegd: de verkrijging naar aanleiding van een minnelijke verdeling overeenkomstig artikel 1206 Ger.W., dan wel naar aanleiding van een gerechtelijke verdeling.

Een en ander geldt nu ook voor de toezienende voogd (H. CASMAN, *t.a.p.*, 227). Vóór de Wet van 29 april 2001 bepaalde het oude artikel 450, derde lid B.W. (enkel) dat de “voogd” de goederen van de pupil niet kon kopen. Hij kon ze evenmin in huur nemen, tenzij de familieraad de toezienende voogd machtigde ze hem in huur te geven (R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 322, nr. 502; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, *t.a.p.*, 44, nr. 123). Verder kon de “voogd” op grond van diezelfde bepaling geen overdracht aannemen van enig recht of enige schuldvordering ten laste van zijn pupil dan mits inachtnaam van de vermelde formaliteit (machtiging van de familieraad).

Thans kunnen de voogd én de toezienende voogd (in de regel) geen goederen van de pupil verkrijgen. Zij kunnen de goederen van de minderjarige slechts in huur nemen wanneer de vrederechter daartoe op schriftelijk verzoek machtiging verleent. In dat geval bepaalt de vrederechter in zijn beschikking de huurvoorwaarden, alsook de bijzondere waarborgen verbonden aan de aldus toegestane huur (art. 411 B.W.).

348 In beginsel kan er eveneens tegenstelling van belangen rijzen bij een gezamenlijke aankoop, meer bepaald ingeval de voogd enerzijds in eigen naam en anderzijds *qualitate qua* een aankoop doet bijvoorbeeld ten belope van enkele breukdelen voor zichzelf en voor een aantal andere breukdelen voor de pupil, dan wel ten belope van het vruchtgebruik voor zichzelf en de naakte eigendom voor de pupil. De voogd kan in dergelijke gevallen niet steeds met de vereiste onpartijdigheid oordelen.

Vgl.: C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 388, nr. 76.

349 Van zodra dergelijke tegenstrijdigheid van belangen voorhanden is, doch enkel dan, komt het in beginsel aan de voogd zelf toe om het nodige te doen met het oog op de tussenkomst van de toezienende voogd.

Zie ook: Rb. Nijvel 6 oktober 1959, *Rec. Niv.* 1960, (92), 93-94, alwaar uitdrukkelijk wordt bevestigd dat de toezienende voogd enkel kan ageren wanneer de belangen van de voogd in strijd zijn met die van de pupil.

Laatstgenoemde kan zich ook spontaan melden (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, t.a.p., 44, nr. 125). Telkens er een mogelijke belangen- tegenstelling bestaat, moet de voogd zich onthouden (R. DEKKERS, a.w., I, p. 322, nr. 502). Deze belangentegenstelling moet aldus geen actueel karakter vertonen: ook een "eventuele" belangentegenstelling verplicht de voogd om zich te onthouden. In de praktijk is de grens tussen gelijklopende en tegenstrijdige belangen vaak moeilijk te trekken (H. DE PAGE, a.w., II, p. 113, nr. 103). De uiteindelijke beoordelingsbevoegdheid terzake berust bij de vrederechter. Het is dan ook de vrederechter die in twijfelgevallen de knoop doorhakt, mits gebeurlijk hoger beroep bij de rechtbank van eerste aanleg (art. 1236 Ger.W.).

Aldus werd bijvoorbeeld geoordeeld dat er geen tegenstrijdigheid van belangen tussen de voogd en zijn pupil bestaat wanneer tussen hen een handelsvennootschap bestaat (Luik 12 december 1829, *Pas.* 1828-29, 322; Rb. Antwerpen 29 juni 1876, *Pas.* 1878, III, 30).

Zo ook kan worden gesteld dat, in het raam van de openbare verkoping van een onroerend goed waarin een minderjarige, zijn voogd én toezienende voogd allen deelgerechtigd zijn, geen tegenstrijdige, doch veelmeer gelijklopende belangen voorhanden zijn (die er immers op gericht zijn de hoogst mogelijke prijs te bekomen), zodat de aanstelling van een (toezienende) voogd *ad hoc* zich niet opdringt.

Zie: N. DELFORGE en I. VOETEN, "De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet", *Waarvan akte* 2002, p. 12, nr. 6; L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht*, I, *Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, p. 133, nr. 50.

In die zin oordeelde de Vrederechter van het vijfde kanton te Antwerpen (Vred. Antwerpen (vijfde kanton) 4 februari 1993, *T.Vred.* 1995, 94), onder meer verwijzend naar de rechtspraak die aanvaardt dat een vader zowel in eigen naam als in naam van zijn minderjarige kinderen kan optreden om een zich tussen hen in onverdeeldheid bevindend onroerend goed te hypothekeren als waarborg voor een kredietopening die in het belang van een gemeenschappelijke handelszaak wordt aangegaan, daar de kinderen evenzeer als hun vader belang hebben bij de uitbreiding van de handelszaak die door de kredietopening mogelijk wordt.

Zie: Rb. Antwerpen 8 december 1975, *R.W.* 1976-77, 552.

Zie ook: Vz. Rb. Luik 19 juni 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1214.

350 Een speciaal geval is dat van adoptie van een minderjarige (pupil) door zijn voogd.

Zie: P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding", in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 81-82, nrs. 206-207.

Normalerwijze wordt dan de toestemming gegeven door de toezienende voogd. Indien diens belangen evenwel tegengesteld zijn aan die van de *adoptandus*, wordt de toestemming gegeven door een voogd *ad hoc* die de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aanwijst op verzoek van iedere belanghebbende of van de procureur des Konings (art. 348-5, tweede lid B.W.). Hetzelfde geldt indien bij een vroegere adoptie artikel 348-11 B.W. is toegepast (C. CAPITAINÉ, “Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l’autorité parentale”, in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 159). De toestemming van de vader of de moeder die geweigerd heeft in deze “gedwongen” adoptie toe te stemmen, is niet meer vereist voor een nieuwe adoptie (art. 348-6, tweede lid B.W.): indien overeenkomstig deze bepaling noch de vader noch de moeder van het kind moeten toestemmen, moet de toestemming worden gegeven door een voogd *ad hoc* die de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aanwijst op verzoek van iedere belanghebbende of van de procureur des Konings. Bij gebrek aan afwijkende bepaling, moet het verzoek(schrift) tot aanstelling van een voogd *ad hoc in globo* voldoen aan de voorschriften van artikel 1026 Ger.W. en aldus de handtekening van een advocaat dragen (art. 1026, *sub* 5° Ger.W.; C. CAPITAINÉ, *t.a.p.*, 160).

Vóór de hervorming van de adoptie door de Wetten van 13 maart 2003 en 24 april 2003 bepaalde het oude artikel 348 § 2, tweede lid B.W. (dat betrekking heeft op een nieuwe adoptie ingeval de rechtbank de eerste adoptie heeft uitgesproken) nog dat, wanneer de vereiste toestemmingen van eenzelfde persoon moeten uitgaan, zij dan door hem kunnen worden gegeven, ook als hij adoptant is.

§ 3. Moet dan steeds een toezienende voogd *ad hoc* worden aangesteld?

351 De vraag rijst of de toezienende voogd, die aldus overeenkomstig artikel 404, eerste lid B.W. de voogd vervangt, op zijn beurt telkenmale door een toezienende voogd *ad hoc* moet worden vervangen.

352 Een eerste strekking acht dit enkel nodig wanneer het een rechtshandeling betreft waarvoor de wet uitdrukkelijk de aanwezigheid van én de voogd én de toezienende voogd vereist.

Dit vereiste geldt bijvoorbeeld voor de kwijting van kapitalen die de pupil in de loop van de voogdij ontvangt: overeenkomstig artikel 409 § 2, eerste lid B.W. kan die enkel mits medeondertekening van de toezienende voogd.

Zie: G. BAERT, *Familieraad*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1963, p. 59, nr. 105; J.-P. MASSON, “Chronique de jurisprudence (1985-1990): Les personnes”, *J.T.* 1991, p. 435-436, nr. 139.

Vgl.: de eigenaardige en tegen de tekst van het oude artikel 420, tweede lid (thans: art. 404, eerste lid) B.W. indruisende visie in *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d’age)*, *t.a.p.*, 57, nr. 209: “Quand les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur, le subrogé tuteur ne remplace pas toujours le tuteur; cela n’est possible que lorsque le tuteur peut agir seul au nom du mineur, mais nullement lorsque le tuteur et le subrogé tuteur doivent assister simultanément à

des actes qui intéressent le mineur; dans ce cas, il faut laisser le subrogé tuteur remplir ses fonctions habituelles de surveillance et remplacer le tuteur par un tuteur *ad hoc*”.

Zoals voormeld, gebeurt ook de minnelijke verdeling in de zin van artikel 1206 Ger.W. mede in tegenwoordigheid van de toeziende voogd.

Volgens KLUYSKENS zou die vervanging eigenlijk noch zin noch nut hebben, “uitgenomen indien de wet uitdrukkelijk de aanwezigheid van den voogd en van den toezienden voogd bij de akte vereisen moest” (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 628, nr. 702). Zo ook oordeelt de Vrederechter te Gosselies dat, wanneer de belangen van de minderjarige in strijd zijn met deze van de voogd, de toeziende voogd optreedt in de plaats van de voogd zonder dat een specifieke regeling inzake toezicht, met name de aanstelling van een toeziende voogd *ad hoc*, noodzakelijk is (Vred. Gosselies 14 december 1979, *Rev. not. b.* 1981, 203, met nuancerende noot J.-F. LECLERCQ). Het vervangen van de voogd zou immers, blijkens de formulering van (het oude) artikel (420, tweede lid, thans:) 404, eerste lid B.W., “inherent” zijn aan de functie van toeziende voogd, zodat de aanstelling van een toeziende voogd *ad hoc* zich geenszins opdringt. De belangen van de pupil zijn trouwens voldoende gewaarborgd door de aanwezigheid van de vrederechter. Waar de wetgever zich zo bekommert om de behartiging van de belangen van de pupil, had hij, aldus voormelde vrederechter, geenszins nagelaten uitdrukkelijk tegemoet te komen aan de gebeurlijke nood aan de figuur van een toeziende voogd, *quod non*. Hoe vaak wordt ten andere niet de klerk van de instrumenterende notaris aangesteld zo het een (rechts)handeling betreft waarvoor de wetgever uitdrukkelijk de aanwezigheid van zowel de voogd als van de toeziende voogd vereist en er zich een belangentegenstelling voordoet?

Zie: Vred. Gosselies 14 december 1979, *Rev. not. b.* 1981, (203), 204.

Zie ook: G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 882, nr. 1417.

353 Volgens een tweede strekking dient de vrederechter evenwel, telkenmale de toeziende voogd overeenkomstig artikel 404, eerste lid B.W. de voogd vervangt, een toeziende voogd *ad hoc* aan te stellen teneinde de toeziende voogd op zijn beurt te vervangen, zelfs al zou het een rechtshandeling betreffen waarvoor de wet niet uitdrukkelijk de aanwezigheid van én de voogd én de toeziende voogd vereist.

Zie: R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 322, nr. 502; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 113, nr. 103; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, V, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 114-115, nr. 104; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 106; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 185, nr. 1261.

Zoniet verliest de pupil de waarborg die de toeziende voogdij hem biedt. De toeziende voogd kan immers bezwaarlijk zichzelf controleren. Waar de toeziende voogdij in dezen vacant is en de wetgever nochtans steeds de aanwezigheid van de toeziende voogd vooropstelt, moet dan ook een toeziende voogd *ad hoc* worden benoemd (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 539, nr. 427). Ook al bepaalt de wet dit niet met zoveel woorden, de bestaansreden van deze occasionele toeziende voogd *ad hoc* zou voldoende worden uitgedrukt.

Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge dat nu de toezierende voogd overeenkomstig (het oude) artikel (420, tweede lid, thans:) 404, eerste lid B.W. de voogd vervangt, hij alsdan dezelfde machten en verantwoordelijkheden als de voogd heeft en hij wel degelijk “als voogd” handelt. Nu *in casu* de toezierende voogd “als voogd” handelt, moet, bij ontstentenis van een toezierende voogd (met andere woorden handelend “als toezierende voogd”), worden overgegaan tot de aanstelling van een toezierende voogd *ad hoc* (Rb. Brugge 27 oktober 1981, *T. Not.* 1982, (73), 74). In dezelfde zin oordeelde de Vrederechter te Jumet dat de toezierende voogd, wanneer hij wegens de tegenstrijdigheid van belangen tussen de voogd en de minderjarigen “als voogd” handelt, dit niet kan zonder voorafgaandelijk de benoeming van een toezierende voogd *ad hoc* te hebben uitgelokt (Vred. Jumet 16 januari 1963, *T. Vred.* 1963, 338, noot J. GIAUX). Zo de toezierende voogd overeenkomstig (het oude) artikel (420, tweede lid, thans:) 404, eerste lid B.W. de voogd vervangt, kan men, aldus voormelde vrederechter, de minderjarige bezwaarlijk de waarborg ontnemen die de toezierende voogdij hem biedt. Indien de toezichtsopdracht van de toezierende voogd onmogelijk wordt, moet het nodige worden gedaan om verdere controle te waarborgen. Waar de wetgever steeds de aanwezigheid van een toezierende voogd vereist, dient inderdaad een toezierende voogd *ad hoc* te worden aangesteld (Vred. Jumet 16 januari 1963, *T. Vred.* 1963, (338), 341).

354 De wetgever van 29 april 2001 heeft de vermelde tweestrijd niet opgelost.

Zoals voorheen, is het duidelijk dat de toezierende voogd de pupil vertegenwoordigt wanneer de belangen van die pupil enkel tegengesteld zijn aan die van de voogd: de toezierende voogd vervangt de voogd, nu deze laatste zijn taak niet objectief en geloofwaardig kan waarnemen in aangelegenheden waarbij hij persoonlijke belangen heeft.

Verder voorziet artikel 404, eerste lid B.W. slechts in één bijkomende hypothese: deze waarbij én de belangen van de voogd én de belangen van de toezierende voogd in strijd zijn met de belangen van de pupil. Alsdan benoemt de vrederechter, op verzoek van elke belanghebbende of zelfs ambtshalve, een voogd *ad hoc* én een toezierende voogd *ad hoc*.

De wetgever verduidelijkt (nog altijd) niet of, in het vermelde geval waarbij enkel de belangen van de voogd en niet de belangen van de toezierende voogd in strijd zijn met de belangen van de pupil, steeds een toezierende voogd *ad hoc* moet worden aangesteld.

Strikt gezien valt die verdergaande regel niet af te leiden uit de tekst van artikel 404, eerste lid B.W. (F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 10, nr. 48). In die optiek kan worden vooropgesteld dat de aanstelling van een toezierende voogd *ad hoc* zich enkel opdringt wanneer het een rechtshandeling betreft waarvoor de wet uitdrukkelijk de aanwezigheid van én de voogd én de toezierende voogd vereist.

HEYVAERT oordeelt daarentegen dat “uit de gegeven oplossing voor het geval de belangen én van de voogd én van de toeziende voogd tegengesteld zijn aan die van de minderjarige, er echter toe kan worden besloten dat, in het vermelde geval waarbij enkel de belangen van de voogd en niet de belangen van de toeziende voogd in strijd zijn met de belangen van de pupil, in de aanstelling van een toeziende voogd *ad hoc* moet worden voorzien. Immers, bij belangentegenstelling én aan de zijde van de voogd én aan de zijde van de toeziende voogd, moeten een voogd *ad hoc* en een toeziende voogd *ad hoc* worden aangesteld” (A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 112, nr. 278).

§ 4. Belangentegenstelling én met de voogd én met de toeziende voogd

355 Een andere, doch gelijkaardige twistvraag is deze of, wanneer zowel de belangen van de voogd als die van de toeziende voogd, strijdig zijn met die van de pupil, telkenmale zowel een voogd *ad hoc* als een toeziende voogd *ad hoc* dient aangesteld te worden.

356 Ook hier hebben zich, vóór de Wet van 29 april 2001, twee strekkingen afgebakend.

Volgens een eerste strekking dient, wanneer zowel de belangen van de voogd als die van de toeziende voogd strijdig zijn met die van de pupil, enkel een voogd *ad hoc* te worden aangesteld (J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 435-436, nr. 139). De tegenstrijdigheid van belangen tussen de pupil en de toeziende voogd zou geen grond tot vervanging van de toeziende voogd opleveren, zodat de aanstelling van een toeziende voogd *ad hoc* onnodig is.

Zie: Rb. Brussel 3 mei 1971, *R.W.* 1971-72, 1960.

Zie ook: Brussel 8 februari 1971, *R.W.* 1970-71, 1380; Vred. Brasschaat 24 maart 1972, *R.W.* 1972-73, 1687; Rb. Brussel 4 juni 1987, *J.L.M.B.* 1988, 363; vgl.: G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 882-883, nr. 1417, alwaar ten onrechte wordt gesteld dat, in geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen de voogd, de toeziende voogd en de minderjarige, de toeziende voogd de voogd vervangt en ook een voogd *ad hoc* moet worden benoemd.

Volgens een tweede strekking dient, wanneer zowel de belangen van de voogd als die van de toeziende voogd strijdig zijn met die van de minderjarige, niet alleen een voogd *ad hoc* te worden aangesteld doch eveneens een toeziende voogd *ad hoc*.

Zie: G. BAERT, *t.a.p.*, p. 59, nr. 106; R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 509, nr. 326; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 106; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 184, nr. 1259.

Laatstvermelde strekking beklemtoont de bestendige toezichtsofdracht die aan de figuur van de toeziende voogd verbonden is (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 113, nr. 103; F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 538-539, nr. 427). Ook de Vrede-rechter te Jumet acht het bestendige karakter van deze toezichtsofdracht essentieel. De pupil de waarborg van de toeziende voogdij ontnemen, zou,

aldus de vermelde vrederechter, in strijd zijn met de geest van de voogdijwetgeving (Vred. Jumet 16 januari 1963, *T.Vred.* 1963, (338), 341).

Hetzelfde geldt voor de tweede strekking inzake eerstvermelde twistvraag.

357 Zoals reeds aangestipt, biedt de wetgever van 29 april 2001 hier wel een oplossing.

Hoewel, overeenkomstig de oorspronkelijke ontwerp tekst van artikel 404, eerste lid B.W., “indien de belangen van de toezienende voogd eveneens in strijd zijn met de belangen van de minderjarige, de vrederechter op verzoek van iedere belanghebbende of zelfs ambtshalve (enkel) een voogd *ad hoc* benoemt”, heeft men later, de aanvulling “en een toezienende voogd *ad hoc*” aangebracht. Ter motivering van het bedoelde amendement werd erop gewezen dat “in het geval ook de belangen van de toezienende voogd in tegenstrijd zijn met de belangen van de minderjarige, en derhalve een voogd *ad hoc* wordt aangesteld, er niet langer een toezienende voogd is”: “artikel 409 § 2, eerste lid B.W. bepaalt niettemin dat de voogd slechts met medeondertekening van de toezienende voogd kwijting kan geven van de kapitalen die de minderjarige in de loop van de voogdij ontvangt. Het is dan ook noodzakelijk in de mogelijkheid te voorzien van de aanstelling van een voogd *ad hoc* én een toezienende voogd *ad hoc* telkens de belangen van de voogd én de toezienende voogd tegenstrijdig zijn met deze van de minderjarige” (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 31).

358 Is dit voldoende duidelijk?

In het licht van de vermelde motivering, zou men nog steeds kunnen vooropstellen dat de aanstelling van een toezienende voogd *ad hoc* zich enkel opdringt wanneer het een rechtshandeling betreft waarvoor de wet uitdrukkelijk de aanwezigheid van én de voogd én de toezienende voogd vereist. Dit is, zoals voormeld, het geval voor de in artikel 409 § 2, eerste lid B.W. bedoelde kwijting. In diezelfde optiek zou men ook, voor het (niet wettelijk geregelde) geval waarbij enkel de belangen van de voogd en niet de belangen van de toezienende voogd in strijd zijn met de belangen van de pupil, de eerste strekking kunnen blijven aanhangen: de aanstelling van een toezienende voogd *ad hoc* is enkel nodig wanneer het een rechtshandeling betreft waarvoor de wet uitdrukkelijk de aanwezigheid van én de voogd én de toezienende voogd vereist.

Gelet op de in het algemeen gestelde bewoordingen van artikel 404, eerste lid B.W. lijkt het hoe dan ook moeilijk te verdedigen dat, bij (het wel wettelijk geregelde geval van) belangentegenstelling én aan de zijde van de voogd én aan de zijde van de toezienende voogd, de aanstelling van een voogd *ad hoc* enkel nodig is wanneer het een rechtshandeling betreft waarvoor de wet uitdrukkelijk de aanwezigheid van én de voogd én de toezienende voogd vereist.

359 Krachtens artikel 404, eerste lid B.W. komt het de vrederechter toe de (toezienende) voogd *ad hoc* te benoemen. Artikel 378 § 1, zesde lid B.W. bepaalt (*mutatis mutandis*) hetzelfde inzake het ouderlijk gezag. De wetgever van 29

april 2001 heeft deze bevoegdheid niet (langer) toegekend aan de voorzitter van de rechtbank, wat wel nog het geval blijft in artikel 331*sexies* B.W. inzake afstammingsvorderingen (Vred. Westerlo 23 april 2002, *T. Vred.* 2004, 200) en in artikel 348-5, tweede lid B.W. inzake de adoptie door de voogd. Op die manier behoort de aanduiding van de voogd *ad hoc* steeds “op natuurlijke wijze” tot de bevoegdheid van de rechter binnen wiens materiële bevoegdheid de handeling valt in verband waarmee het belangenconflict zich voordoet.

Zie: F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 25, nr. 50.
Vgl.: P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 89, nr. 227.

Nog steeds kan de voorzitter worden ingeschakeld “om alle mogelijke maatregelen te bevelen tot vrijwaring van de rechten van hen die de nodige voorzieningen niet kunnen treffen” (art. 584, vierde lid, *sub* 3° Ger.W.) en daar kan desgevallend de situatie van een pupil wiens belangen tegenstrijdig zijn met die van zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) onder vallen.

§ 5. Belangentegenstelling enkel met de toeziende voogd

360 Nog een ander geval is dat waarbij enkel belangentegenstelling heerst tussen de pupil en de toeziende voogd. Moet er dan steeds, en dus ook wanneer het een rechtshandeling betreft waarvoor de wet niet uitdrukkelijk de aanwezigheid van én de voogd én de toeziende voogd vereist, een toeziende voogd *ad hoc* worden aangesteld?

Men kan deze vraag negatief beantwoorden: strikt gezien, stelt de tekst van artikel 404, eerste lid B.W. nergens de benoeming van een toeziende voogd *ad hoc* voorop wanneer enkel de belangen van de toeziende voogd tegengesteld zijn aan die van de pupil (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 11, nr. 51).

Anderen leiden uit de in wet (wel) gegeven oplossing voor het geval de belangen én van de voogd én van de toeziende voogd tegengesteld zijn aan die van de pupil af dat moet worden aangenomen dat ook een toeziende voogd *ad hoc* moet worden aangesteld in de aangelegenheden waarin enkel de belangen van de toeziende voogd tegengesteld zijn aan die van de minderjarige (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 112, nr. 278). Wanneer er enkel tegenstrijdige belangen bestaan tussen de toeziende voogd en de pupil, moet de vrederechter dus overeenkomstig artikel 404, eerste lid B.W. *a fortiori* een toeziende voogd *ad hoc* aanstellen (zie ook: P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 185, nr. 1261). De toeziende voogd kan bezwaarlijk ontslag nemen. De belangentegenstelling beperkt zich immers tot één bepaalde en in de tijd beperkte (rechts)handeling, zodat het volstaat *in casu* een toeziende voogd *ad hoc* aan te stellen.

Zie: F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 539, nr. 427.
Vgl. bv.: G. BAETEMAN, *a.w.*, p. 882, nr. 1417, die stelt dat, in geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen de toeziende voogd en de minderjarige, geen toeziende voogd *ad hoc* moet worden aangesteld.

361 Wanneer er weliswaar tegenstrijdige belangen bestaan tussen de voogd en zijn pupil, doch niet tussen de pupil en de toeziende voogd, kan, zoals voormeld, deze laatste overeenkomstig artikel 404, eerste lid B.W. de voogd vervangen, mits gebeurlijk de aanstelling van een toeziende voogd *ad hoc*. Een voogd *ad hoc* moet niet worden aangesteld.

Zie: Vz. Rb. Aarlen 25 april 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1208; Vz. Rb. Luik 4 januari 1995, *T.Vred.* 1995, 317; G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, "Overzicht van rechtspraak (1964-1974): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1976, p. 500, nr. 146.

Anders: *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, t.a.p., 57, nr. 209.

362 In de gevallen waarin de aanstelling van een (toeziende) voogd *ad hoc* zich opdringt, komt het hoe dan ook de vrederechter toe deze te benoemen.

Zie: Vz. Rb. Aarlen 25 april 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1208 en Vz. Rb. Luik 19 juni 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1214, die zich daartoe telkenmale onbevoegd verklaren.

Zie ook: H. DE PAGE, a.w., II, p. 113, nr. 103; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1994, p. 2338-2339, nr. 517.

De (gelet op de beperkte aard van hun taak) vereenvoudigde procedure verloopt bij verzoekschrift overeenkomstig artikel 1233 § 1 *juncto* § 2 Ger.W. (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 35). Deze laatste paragraaf sluit de toepassing van "de bepalingen van paragraaf 1, *sub* 2^o tot 5^o" uit bij de benoeming van een (toeziende) voogd *ad hoc*. Zodoende is de rechter hier niet verplicht om de pupil te horen, ook al heeft hij de vooropgestelde leeftijd (van twaalf dan wel vijftien jaar) bereikt. Anders dan bij de benoeming van de (toeziende) voogd, moet de beslissing tot benoeming van een (toeziende) voogd *ad hoc* niet ter kennis worden gebracht van het openbaar ministerie. Evenmin moet een kennisgeving gebeuren aan de burgemeester van de gemeente waar de pupil zijn woonplaats heeft.

363 De toeziende voogd die overeenkomstig artikel 404, eerste lid B.W. de voogd vervangt, handelt, zij het occasioneel, "als voogd". Waar hij dus, zij het met het oog op het stellen van één bepaalde (rechts)handeling, de hoedanigheid van "voogd" waarneemt, verliest hij zijn hoedanigheid van "toeziende voogd" (*Cass.* 2 juli 1885, *Pas.* 1885, I, (199), 200). Dit betekent ook dat hij nooit over meer bevoegdheden kan beschikken dan de voogd in wiens plaats hij optreedt (M. BAX, G. BAETEMAN en W. DELVA, t.a.p., p. 500, nr. 146; E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1960-1964): Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1966, p. 225-226, nr. 51). Aldus oordeelt het Hof van Beroep te Brussel dat de overeenkomstig het oude artikel 420, tweede lid B.W. agerende toeziende voogd zijn machten overschrijdt wanneer hij, zonder naleving van het bedoelde machtigingsvereiste (oud art. 464 B.W.), berust in vorderingen welke de onroerende goederen van de minderjarige betreffen (Brussel 11 september 1973, *T. Not.* 1974, 49).

AFDELING IV

TAAK VAN DE TOEZIENDE VOOGD BIJ HET OPENVALLEN VAN DE VOOGDIJ

§ 1. Zelfs ingeval de voogdij opvalt vervangt de toezierende voogd de voogd niet van rechtswege

364 De bestendige toezichtsoverdracht van de toezierende voogd blijft prime-ren. Het betreft in geen geval een bestendige handelingsbevoegdheid (*Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, t.a.p., 37, nr. 80). De toezierende voogd kan enkel ageren in de gevallen en op de wijze bij wet bepaald. Daar-buiten kan hij in beginsel niet namens de pupil optreden, ook niet voor het nemen van (spoedeisende) bewarende maatregelen (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, a.w., 106; *Pand. b.*, CIII, a.w., t.a.p., 41, nr. 104). In die zin preciseert artikel 404, tweede lid B.W. dat, zelfs "bij het openvallen van de voogdij", de toezierende voogd de voogd niet van rechtswege vervangt. In dat geval moet hij daarentegen, op straffe van vergoeding die daaruit voor de pupil mocht ont-staan, een nieuwe voogd doen benoemen.

Ten tijde van de parlementaire voorbereiding werd voorgesteld om de voog-dij, bij het openvallen ervan, toch aan de toezierende voogd toe te vertrouwen, en dit ten einde de continuïteit inzake het goederenbeheer van de pupil te waarborgen. Het bedoelde amendement luidde als volgt: "Bij het openvallen van de voogdij vervangt de toezierende voogd voor bewarende of spoedeisende maatregelen tijdelijk de voogd. Hij moet zich onverwijld tot de vrederechter wenden om te doen voorzien in de aanwijzing van een nieuwe voogd, zo niet moet hij de schade vergoeden welke die vertraging voor de minderjarige mocht hebben veroorzaakt". Ter verantwoording haalde men aan dat het wenselijk is dat de toezierende voogd alle maatregelen neemt die vereist zijn bij het openvallen van de voogdij en zolang geen nieuwe voogd wordt aange-geven. Het is absoluut noodzakelijk dat het vermogen van de minderjarige tijdens die periode wordt beschermd (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 43).

Een en ander werd niet onderschreven: krachtens artikel 391 B.W. heeft de vrederechter immers de mogelijkheid om, gebeurlijk ambtshalve, de drin-gende maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de pupil of de bewaring van zijn goederen. Desgevallend kan de vrederechter deze dringende maatregelen toevertrouwen aan de toezierende voogd. Ook langs die weg moet derhalve de kwestie van de continuïteit worden geregeld.

De functies van de voogd als vertegenwoordiger van de pupil en van de toezierende voogd die er voornamelijk moet op toezien dat de voogd in de eerste plaats steeds de belangen van de pupil behartigt, zijn wezenlijk verschillend: de voogd neemt de patrimoniale en de niet-patrimoniale belangen van de

minderjarige waar, de toezienende voogd controleert de voogd. Om die reden lijkt het aangewezen de toezienende voogd de voogd niet te laten opvolgen, zelfs niet als het om een tijdelijke maatregel zou gaan (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 42*).

Een groot vacuüm valt hoe dan ook niet te vrezen: zoals gezegd, heeft de toezienende voogd de dwingende verplichting om een nieuwe voogd te doen benoemen (art. 404, *in fine* B.W.).

§ 2. Wanneer valt de voogdij open?

365 De vraag rijst “wanneer de voogdij openvalt” in de zin van artikel 404, tweede lid B.W.

Het toepassingsgebied van voormelde bepaling doelt op alle gevallen waarin de fungerende voogd om “wettige” redenen in de zin van artikel 396 B.W., om redenen van onbekwaamheid (art. 397 B.W.), uitsluiting of ontzetting (art. 398 B.W.) zijn mandaat niet (meer) waarneemt.

Artikel 404, tweede lid B.W. speelt ook wanneer de voogd overlijdt.

366 Het oude artikel 424 B.W. bood nog een bijkomende precisie: een en ander gold evenzeer wanneer de voogdij “ingevolge afwezigheid niet langer wordt waargenomen”.

Dit is nog steeds zo: artikel 401 B.W. stelt immers in algemene bewoordingen dat, “indien er grond bestaat om de voogd te vervangen”, dit wil zeggen indien er voldoende “redenen” zijn om tot vervanging over te gaan, een nieuwe voogd moet worden aangewezen (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 20*).

Reeds in 1852 besliste het Hof van Cassatie dat, nu (het oude) artikel (424, thans:) 404, tweede lid B.W. de omstandigheden niet (nader) bepaalt waaruit moet worden afgeleid dat de voogdij is opengevallen, het de familieraad (thans: de vrederechter) toebehoort deze omstandigheden te beoordelen (Cass. 9 december 1852, *Pas.* 1853, 86). Daar de wet tot doel heeft de pupil in alle omstandigheden een degelijke bescherming te verlenen, dient onder het geval dat de voogdij “ingevolge afwezigheid niet langer wordt waargenomen” (in de zin van het oude art. 424 B.W.), niet alleen de afwezigheid in de eigenlijke zin van het woord te worden begrepen, maar eveneens elke verwijdering die de uitoefening van de voogdij onmogelijk maakt. Aldus kan de vrederechter de eerder benoemde voogd vervangen zo deze, afwezig ingevolge zijn hechtenis in het buitenland, de belangen van zijn pupil niet (meer) kan dienen en aldus niet in staat is om (verder) de voogdij waar te nemen (Cass. 9 december 1852, *Pas.* 1853, 86). Inderdaad, elke situatie waarbij een einde komt aan de voogdijopdracht van een bepaalde voogd, maar het voogdijgezag moet blijven voortduren, kan de belangen van de pupil schaden indien niet het nodige gedaan wordt met het oog op de benoeming van een nieuwe voogd.

Zie terzake: P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 196, nrs. 1297 en 1299.

In dezelfde zin oordeelde de Vrederechter van het zevende kanton te Gent dat, wanneer de voogd door zijn verblijf in de gevangenis zijn taak niet effectief kan waarnemen, de toezienende voogd een nieuwe voogd moet doen benoemen, hierbij overwegende “dat de voogdij op het ogenblik vacant is nu de voogd in de gevangenis verblijft en de voogdij niet effectief kan uitoefenen” en “dat de toezienende voogd in dat geval de voogd niet vervangt, maar de vervanging moet bewerkstelligen”.

Vred. Gent (zevende kanton) 29 september 1982, *T.Vred.* 1987, (8), 10.

Zie: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 113, nr. 104.

§ 3. Toeziende voogd doet een nieuwe voogd benoemen

367 Het feit dat de functie van voogd aldus om een van voormelde redenen vacant is, betekent niet dat de functie van toezienende voogd eindigt.

Zie: R. DEKKERS, *a.w.*, I, p. 323, nr. 505; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 111, nr. 100; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 629, nr. 704; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, t.a.p., 59, nr. 219.

De toezienende voogd moet immers overeenkomstig artikel 404, tweede lid B.W. het nodige doen met het oog op de vervanging van de voogd door een nieuwe. Mocht de toezienende voogd nalaten deze vervanging te benaarstigen, dan dient hij ook in te staan voor de eventuele schade die de pupil hierdoor zou lijden.

Hieruit blijkt eens te meer dat de wetgever een permanent toezicht verwacht van de toezienende voogd (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 106). Hij kan evenwel nooit de voogd in zijn beheer vervangen, zelfs niet voorlopig (F. LAURENT, *a.w.*, IV, p. 538-539, nr. 427). De hem overeenkomstig artikel 404, eerste lid B.W. opgedragen occasionele handelingsbevoegdheid mag hiermee niet worden verward.

Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent uitdrukkelijk dat de opdracht van de toezienende voogd zich beperkt tot (1) het uitoefenen van het toezicht op het beheer van de voogd, (2) het optreden in het belang van de pupil wanneer het met dat van de voogd in strijd is en (3) het doen benoemen van een nieuwe voogd wanneer de voogdij openvalt of door afwezigheid wordt opgeheven (Rb. Gent 9 juli 1941, *T. Not.* 1943, 7). De toezienende voogd vervangt de voogd niet van rechtswege en hij heeft geen bevoegdheid om daden van beheer en evenmin daden van bewaring in naam van de pupil te stellen: “Zo de voogd zich in de onmogelijkheid bevindt de belangen van de minderjarige te verdedigen, behoort het de toezienende voogd, voor deze aan gelegenheid, te (doen) voorzien in de vervanging van de voogd” (Rb. Gent 9 juli 1941, *T. Not.* 1943, (7), 8).

Artikel 391 B.W. vertrouwt de vrederechter uitdrukkelijk de bevoegdheid toe om de noodzakelijke voorlopige maatregelen te nemen.

AFDELING V

VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE TOEZIENDE VOOGD

368 De verantwoordelijkheid van de toezienende voogd verschilt al naargelang de taak die hij te vervullen heeft.

369 Zo de toezienende voogd gebeurlijk de plaats van de voogd inneemt, draagt hij dezelfde verantwoordelijkheid als de voogd (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 234, nr. 244; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, 628, nr. 703). Hij treedt immers *in casu* op “als voogd” en dient zich van deze occasionele opdracht als een *bonus pater familias* te kwijten (S. MOSSELMANS, *t.a.p.*, p. 241, nr. 548). Ook hij kan zich terzake op de in artikel 419 B.W. neergelegde vijfjarige verjaring beroepen.

Zie hierover: S. MOSSELMANS, *t.a.p.*, p. 244-247, nrs. 556-561.

Zie ook: Cass. 2 juli 1885, *Pas.* 1885, I, 199; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 235, nr. 244.

370 Waar de wet hem een bepaalde specifieke verplichting oplegt, volstaat het niet in acht nemen van deze verplichting om een fout aan de zijde van de toezienende voogd te weerhouden. Alsdan bepaalt de wettekst veelal zelf de door de toezienende voogd opgelopen verantwoordelijkheid.

Zo bepaalde de oorspronkelijke tekst van artikel 406 § 3, tweede lid B.W. dat de toezienende voogd, die de voogd niet verplicht heeft de bedoelde staat en boedelbeschrijving op te maken, met hem hoofdelijk aansprakelijk is “voor alle veroordelingen die ten voordele van de minderjarige worden uitgesproken”. De wet bepaalde daarentegen geen rechtstreekse sanctie voor de voogd die geen boedelbeschrijving heeft doen opstellen (P. SENAEVE, *a.w.*, II, p. 189, nr. 1276). Deze (voorheen ook in het oude art. 451, derde lid B.W. bepaalde) sanctie is niet overeind gebleven. De uiteindelijke tekst van artikel 406 § 1, vierde lid B.W. voorziet in een meer werkbare oplossing: indien de vereiste boedelbeschrijving niet binnen de bedoelde termijn voorhanden is, wijst de vrederechter een notaris aan die de boedelbeschrijving zal opmaken (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 35).

Overeenkomstig artikel 52, derde lid Hyp.W. is de toezienende voogd “op eigen verantwoordelijkheid” gehouden erover te waken dat de inschrijving wettig op de goederen van de voogd wordt genomen. Andere specifieke verplichtingen terzake, neergelegd in de oude artikelen 55 en 61, tweede Hyp.W. (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 235, nr. 244; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 629, nr. 703), zijn inmiddels opgeheven.

371 Wat zijn bestendige toezichtopdracht betreft, zal hem gebeurlijk een gemeenrechtelijke verantwoordelijkheid te beurt vallen zo, ingevolge zijn ge-

brek aan toezicht, aan de minderjarige nadeel werd berokkend (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 235, nr. 244).

372 Zolang de toezienende voogd in de praktijk al te weinig controlemogelijkheden, laat staan dwangmiddelen, ter beschikking stonden, werd vrij algemeen aangenomen dat zijn verantwoordelijkheid met de nodige omzichtigheid moest worden beoordeeld.

Zie: M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, *Les personnes* (door R. SAVATIER m.m.v. J. SAVATIER), Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 578, nr. 511; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 629, nr. 703.

Het betrof, aldus DE PAGE, hoe dan ook “une tendance regrettable” daar de toezienende voogdij de beste waarborg is met het oog op een adequaat voogdij-beheer. Aangezien de toezienende voogd onvoldoende gewapend was om zijn toezichtsoopdracht waar te nemen, was deze tendens evenwel moeilijk te vermijden (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 235, nr. 244). Veelal werd hij, om die reden, zelfs van elke verantwoordelijkheid ontslagen (A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, Parijs, Dalloz, 1921, 491; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 112, nr. 101 en p. 235, nr. 244). Hoogstens bedrog of zware fout werden in acht genomen (Rb. Antwerpen 29 juni 1876, *Pas.* 1878, III, 30).

De wetgever van 29 april 2001 heeft dit verholpen. De toezienende voogd heeft nu een als het ware “onvoorwaardelijk” recht op inzage van de jaarlijkse rekening inzake het door de voogd gevoerde vermogensbeheer: de toezienende voogd kan de vrederechter verzoeken de voogd op te roepen “teneinde in raadkamer toelichtingen te geven” (art. 413, eerste lid B.W.). Hetzelfde geldt voor het door de voogd overeenkomstig artikel 420, tweede lid B.W. te redigeren verslag over de opvoeding en de opvang van de pupil, alsook over de genomen maatregelen voor de ontplooiing van diens persoon. Stelt de toezienende voogd vast dat de voogd tekortschiet in de uitvoering van zijn opdracht, dan moet de toezienende voogd de vrederechter daarvan onverwijld in kennis stellen (art. 403, eerste lid B.W.). Dit geldt zowel met betrekking tot de opvoeding van de pupil als met betrekking tot het beheer van diens vermogen.

Deze uitbreiding van middelen impliceert een grotere verantwoordelijkheid aan de zijde van de toezienende voogd. Zijn aansprakelijkheid rijst niet alleen wanneer de toezienende voogd zelf een specifieke (wettelijke bepaling of gedrags)norm overtreedt. Zij rijst ook wanneer hij schade berokkent door zijn onzorgvuldig (dan wel onvoldoende vooruitziend) toezicht: hij mag zich niet anders gedragen dan een normaal zorgvuldig en vooruitziende toezienende voogd, geplaast in dezelfde omstandigheden. Indien, ingevolge een gebrek aan toezicht, de toezienende voogd (mede) schade berokkent aan de pupil, moet hij deze vergoeden. Ook in dit raam biedt de wetgever hier en daar enige precisie. Aldus moet de toezienende voogd krachtens artikel 404, tweede lid B.W., bij het openvallen van de voogdij ingevolge de beëindiging van een voogdijopdracht, (door de vrederechter, aldus art. 393 B.W.) een nieuwe

voogd doen benoemen, en dit “op straffe van vergoeding van de schade die daaruit (d.w.z. uit het gebrek aan actie van de toezienende voogd) voor de minderjarige (pupil) zou kunnen voortvloeien”.

373 Overeenkomstig het oude artikel 451, derde lid B.W. was de toezienende voogd die de voogd niet had verplicht de vereiste boedelbeschrijving op te maken, hoofdelijk met hem aansprakelijk “voor alle veroordelingen ten voordele van de minderjarige”. De wetgever van 29 april 2001 heeft deze bepaling opgeheven, wat maakt dat geen specifiek geval van hoofdelijke aansprakelijkheid meer voorligt.

Niettemin kan de hoofdelijke (*in solidum*) aansprakelijkheid ook rijzen indien gebeurlijk én de voogd én de toezienende voogd bedrog, fraude of een gemeenschappelijke fout kan worden aangewreven (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 235, nr. 244).

374 Krachtens artikel 419 B.W. verjaren vorderingen van de minderjarige (pupil) tegen zijn toezienende voogd “betreffende feiten en rekeningen van de (toezienende) voogdij” na 5 jaar te rekenen van de meerderjarigheid (zelfs indien de minderjarige ontvoogd is geworden). Ook buiten het geval waarbij de toezienende voogd de plaats van de voogd inneemt, is de in artikel 419 B.W. neergelegde verjaringstermijn *mutatis mutandis* van toepassing ten aanzien van de toezienende voogd (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 235, nr. 244).

AFDELING VI

WAARBORGEN TE VERSTREKKEN DOOR DE TOEZIENDE VOOGD

375 Bij gebrek aan enige wettekst terzake, kan de toezienende voogd bezwaarlijk verplicht worden om een hypothecaire inschrijving te nemen op zijn onroerende goederen, noch om een andere vorm van waarborg te bieden (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 387, nr. 74; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 113, nr. 105).

TITEL V
WERKING VAN DE VOOGDIJ

HOOFDSTUK I

ZORG VOOR DE PERSOON EN DE OPVOEDING VAN DE PUPIL

376 De wetgever van 29 april 2001 geeft de voogd verruimde bevoegdheden inzake de persoon van de pupil. De verhoogde aandacht voor de persoon van de pupil is ten tijde van de parlementaire voorbereiding fel beklemtoond als krachtlijn van de hervorming: men zou het accent verschuiven van het vermogen van de pupil naar diens persoon (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 4-5*). Niettemin blijven de wettelijke bepalingen inzake de persoon van de pupil vrij schaars.

Zie ook: F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *R.W.* 2001-02, p. 13, nr. 71.

Van belang is, hoewel dit vroeger al kon, de nu uitdrukkelijk wettelijk bepaalde mogelijkheid om de voogdij te splitsen. Weliswaar wordt de voogdij nog steeds gekenmerkt door haar principieel enkelvoudig karakter. Bij wijze van uitzondering kan de vrederechter, overeenkomstig artikel 395 § 1, eerste lid B.W. een voogd met betrekking tot de persoon en een voogd met betrekking tot de goederen benoemen. Evenzeer kan hij de ouderlijke aanwijzing van een voogd met betrekking tot de persoon en een voogd met betrekking tot de goederen homologeren (art. 392, vijfde lid B.W.). Alsdan is de eerstgenoemde belast met de zorg voor de persoon en de opvoeding van de pupil, de laatstgenoemde met het beheer van de goederen. Het zij duidelijk dat de voogd met betrekking tot de persoon niet enkel bevoegd is voor de materiële handelingen die het onderhoud en de opvoeding van de pupil meebrengen, maar evenzeer voor de rechtshandelingen met het oog op (inzonderheid) het onderwijs (bv. de inschrijving in een school) en de ontspanning (bv. de inschrijving in een sportclub).

Zie: E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, p. 15, nr. 14.

Van groter belang is de actieve vorm van verhoogde aandacht voor de persoon van de pupil door hem nauwer te betrekken bij de procedure, en dit zowel bij de inrichting als bij de werking van de voogdij (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 9-10*). Centraal staat de mogelijkheid voor de pupil om zijn mening te kennen te geven, geconcretiseerd in diverse bepalingen die betrekking hebben op het horen van de minderjarige (pupil). Hier fungeert artikel 1233 § 1, *sub 2°* Ger.W. als "scharnierbepaling". Het bepaalt in algemene bewoordingen dat de vrederechter de pupil moet oproepen om hem te horen indien hij twaalf jaar oud is in procedures die zijn persoon aanbelangen en indien hij vijftien jaar oud is in procedures die betrekking hebben op zijn goederen. Deze verplicht gestelde oproeping is algemeen: zij geldt voor alle aanvragen in het licht van de artikelen 389-420 B.W. Het oproepen dan wel horen van de pupil moet gebeuren in elke situatie waarbij zijn persoon en/of zijn goederen zijn betrokken, en dus niet enkel in de hypothesen waarbij uitdrukkelijk wordt verwezen naar het horen van de minderjarige (pupil). Spijtig

genoeg heeft de wetgever echter niet geopteerd voor een eenvormige regeling. Naast de vermelde scharnierbepaling, vult hij diverse bepalingen inzake het horen van de minderjarige (pupil) inhoudelijk op verschillende wijze in naargelang de situatie.

Zie voor een uitgebreide bespreking, alsook een evaluatie van een en ander: F. APS, “De procedures inzake voogdij en het hoorrecht van minderjarigen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 273 e.v., nrs. 619 e.v.; P. CRISPYN, “De hervorming van de voogdijregeling”, *T.J.K.* 2001, 65.

Verder is de voogd ook aan een strikte verslaggeving onderworpen. Krachtens artikel 420 B.W. moet hij de vrederechter en de toeziende voogd verslagen over zijn manier van aanpakken: zodoende brengt de voogd jaarlijks verslag uit over de opvoeding en de opvang van de minderjarige (pupil), alsook over de maatregelen die hij heeft genomen voor de ontplooiing van de persoon van de minderjarige (pupil). Dit verslag “over het leven van de pupil” is (ook) zeer belangrijk voor personen die in staat van verlengde minderjarigheid zijn verklaard en die in hun verdere leven in principe afhankelijk zijn van de beslissingen van de voogd (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1524, nr. 151). Zodoende komt de bedoelde verslaggeving tegemoet aan de wensen van de verenigingen van ouders van gehandicapte kinderen waar artikel 420 B.W. bepaalt dat zij ook “de opvoeding en de opvang” van de pupil moet beslaan.

Het verslag wordt bij het procesdossier gevoegd. Indien de vrederechter hierin onvoldoende opheldering vindt, kan hij zijn toevlucht nemen tot de in artikel 412 B.W. bedoelde maatregelen (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak (1995-2000): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 2001, p. 2064-2065, nr. 616): de vrederechter kan alle maatregelen nemen om zich te informeren over diens familiale, morele en materiële toestand en over diens leefomstandigheden (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1524-1525, nrs. 153-154). Hij kan zelfs de procureur des Konings verzoeken om daarover alle nuttige inlichtingen in te winnen door bemiddeling van de bevoegde sociale dienst.

Tot slot verleent de wetgever de minderjarige (pupil) ook meer initiatiefrecht, aldus in geval van ernstige betwisting tussen hemzelf en zijn (toeziende) voogd (art. 405 § 2, eerste lid B.W.).

377 Zoals het oude artikel 450, eerste lid B.W., bepaalt ook artikel 405 § 1, eerste lid B.W. dat de voogd zorg draagt voor de persoon van de minderjarige (pupil).

Het oude artikel 450, tweede lid B.W. kende het goederenbeheer toe aan de voogd. Zoals bij het ouderlijk gezag was hieraan de vertegenwoordigingsbevoegdheid gekoppeld (oud art. 450, eerste lid B.W.).

De voogd bezat geen enkele bevoegdheid in verband met de staat van de persoon van de minderjarige (pupil). In vele gevallen kende de wetgever deze bevoegdheden aan de familieraad toe.

378 Niettemin had, onder het oude recht, de familieraad de leiding en het toezicht over de zorg voor de persoon. De familieraad was bevoegd voor de algemene opties bij de opvoeding van de pupil en voor de verregaande beslissingen over de persoon: naar analogie met het beheer van de goederen, moest de voogd voor dergelijke beslissingen worden gemachtigd. Voor het overige delegeerde de familieraad zijn bevoegdheid voor dagelijkse zorgen aan de voogd, die de pupil ook bij zich “bewaarde”.

Zie: Cass. 25 mei 1888, *Pas.* 1888, I, 241; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 457, nr. 1268 en p. 461, nr. 1283; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 537, nr. 658.

De rechtsgrond hiertoe werd gevonden in het oude artikel 454, eerste lid B.W.: de familieraad stelde het maximale bedrag vast dat de voogd jaarlijks uit de inkomsten van de pupil mocht besteden aan diens onderhoud en opvoeding. Artikel 407 § 1, eerste lid B.W. draagt die bevoegdheid op aan de vrederechter, maar geeft hem nergens de bevoegdheid om algemene opties voor de opvoeding te bepalen, laat staan op te leggen aan de voogd.

Dus is de voogd thans “alleenoptredend” titularis van het gezag over de pupil (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 34, nr. 70).

379 Ingevolge de afschaffing van de familieraad komen nu “alle” bevoegdheden van het voogdijgezag toe aan de voogd.

380 Zoals gezegd, krijgt de voogd een verruimde bevoegdheid inzake de persoon van zijn pupil: hij geniet het recht van bewaring, alsook het beslissingsrecht inzake fundamentele opties.

Zodoende heeft hij het recht van materiële bewaring van de minderjarige (pupil), dit wil zeggen het recht om het kind op een voortdurende wijze bij zich te hebben en om zijn afgifte te vorderen vanwege anderen die het onder zich houden. Hij heeft ook het recht van zorg, dit wil zeggen het recht om de dagelijkse opvoeding van het kind waar te nemen.

Het vroeger in artikel 454, eerste lid B.W. bepaalde, staat thans in artikel 407 § 1, eerste lid B.W. Deze bepaling draagt de vrederechter op om “bij een met redenen omklede beschikking” het bedrag te bepalen waarover de voogd jaarlijks beschikt voor het onderhoud en de opvoeding van de minderjarige (pupil). De vrederechter is niet bevoegd om algemene opties voor de opvoeding te bepalen, laat staan op te leggen aan de voogd. Dit maakt dat de voogd voortaan als alleenoptredend titularis van het gezag over de persoon van zijn pupil fungeert (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 14, nr. 72). Beslissingen waarvoor de voogd voorheen de machtiging van de familieraad nodig had, kan hij nu alleen nemen, zonder voorlegging aan de vrederechter: de toestemming in een medische ingreep, de keuze van een levensbeschouwing, de weigering van een bezoekrecht (Cass. 11 januari 1973, *Arr. Cass.* 1973, 488).

Hij heeft “volheid van bevoegdheden”, zij het dat hij rekening moet houden met zekere beperkingen die niet bestaan aan de zijde van de ouders.

Zie: P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 67, nr. 174.

Artikel 405 § 1, eerste lid B.W. legt de voogd op de beginselen te eerbiedigen “waarvoor de ouders eventueel hebben gekozen, inzonderheid wat betreft de aangelegenheden bedoeld in artikel 374, tweede lid B.W.”: het gaat hier om belangrijke beslissingen betreffende de gezondheid, opvoeding, opleiding en ontspanning en om de godsdienstige en levensbeschouwelijke keuzes. Het spreekt voor zich dat de voogd ook oog moet hebben voor het gebrek aan overeenstemming dat dienaangaande bij de ouders kon bestaan en met de gebeurlijke beslissingen die de jeugdrechter naar aanleiding daarvan heeft genomen (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 14, nr. 72). Bovendien neemt de voogd de groeiende zelfstandigheid van zijn minderjarige (pupil) in acht.

Een al te strikte opvolging van de “beginselen” waarvoor de ouders hebben gekozen, kan moeilijkheden teweegbrengen, vooral wanneer deze beginselen buiten de meer gangbare waarden zouden vallen: men kan hierbij denken aan ouders die lid zijn van een sekte of die een bepaalde religieuze of filosofische stroming aanhangen waar principes worden gehanteerd die in strijd zouden kunnen zijn met het objectieve belang van de minderjarige (P. CRISPYN, *t.a.p.*, 64-65). In minder extreme gevallen valt het hoe dan ook te betwijfelen of de voogd wel in staat is om de door de ouders gekozen beginselen optimaal verder te zetten, zeker indien hij niet meteen op dezelfde golflengte zit. Dergelijke overwegingen kunnen in sommige gevallen hoofdbrekers bezorgen aan de vrederechters die de voogden moeten benoemen of de aanwijzing homologeren. Voor bepaalde gevallen zou het daarom nuttig zijn dat de vrederechter over een gestructureerd kader van informatievergarig kan beschikken. De vrederechter moet weliswaar eenieder horen van wie de mening nuttig kan zijn, maar als men niet weet wie een nuttige mening zou kunnen hebben, is dit een loos begrip (P. CRISPYN, *t.a.p.*, 65).

Bij de toepassing van het in artikel 405 § 1, eerste lid B.W. vooropgestelde, staat (eens te meer) het belang van de pupil centraal.

381 De voogd krijgt ook meerdere bevoegdheden in verband met de staat van de persoon van de minderjarige.

Zie: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, *t.a.p.*, p. 2069, nr. 622; C. CAPITAINE en S. THIELEN, “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 105-106; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 14, nr. 73.

De belangrijkste zijn: de instemming met (gewone) adoptie en volle adoptie (art. 348-5, eerste lid B.W.; P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 81, nr. 205), de instemming

met de pleegvoogdij (art. 475*bis*, eerste lid B.W.; P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 87, nr. 221), het verzoek tot gerechtelijke ontvoogding (art. 478, eerste lid B.W.; P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 92, nr. 233) en het (subsidiare) recht van verzet tegen het huwelijk (art. 175 B.W.; P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 78-79, nr. 201). Voortaan is ook de voogd bevoegd om dispensatie van het leeftijdsvereiste voor een huwelijk van de pupil te vragen: ondanks de formulering van artikel 145, eerste lid B.W., omvat dit recht geen toestemmings- of weigeringsrecht in het huwelijk van de pupil (P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 76-78, nrs. 195-200).

Bij erkenning van vaderszijde in de loop van de voogdij, kan de voogd vooraf toestemmen in de erkenning (art. 319 § 4, eerste lid B.W.) en kan hij een zonder zijn voorafgaande toestemming gedane erkenning die hem werd betekend, betwisten en doen vernietigen (art. 319 § 4, derde lid B.W.). De voogd vertegenwoordigt de niet-ontvoogde minderjarige als eiser of als verweerder in gedingen betreffende diens afstamming (art. 331*sexies* B.W.): voor zover hij in afstammingsgeschillen als eiser kan optreden, heeft hij voortaan (vgl.: oud art. 464 B.W.) een bijzondere vrederechterlijke machtiging nodig (F. SWENNEN, *a.w.*, p. 739, nr. 960). Artikel 331*sexies* B.W. herhaalt enkel de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid van de voogd en doet geen afbreuk aan het machtigingsvereiste (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 15, nr. 77).

Ook voor de verrichting van rechtshandelingen inzake de nationaliteit vertegenwoordigt de voogd zijn pupil (art. 7 W.B.N.).

In geval van gesplitste voogdij rijst de vraag wie van (bei)de voogden de bevoegdheid heeft inzake de staat van de persoon, daar waar de wet enkel “de voogd” aanwijst. Krachtens artikel 395 § 2, eerste lid B.W. mogen rechtshandelingen en beslissingen die zowel betrekking hebben op de persoon als op de goederen van de minderjarige, alleen met instemming van beide voogden worden genomen. Dit is het geval wanneer de wijzigingen in de (verhoudingen van) staat van de pupil een vermogensrechtelijke weerslag hebben, zo bijvoorbeeld voor het verzoek tot gerechtelijke ontvoogding.

Zie hierover: A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 156-158, nr. 382, c.

Zie ook: P. SENAËVE, *t.a.p.*, p. 66, nr. 173; vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 14, nr. 73.

De (princiële) afwezigheid van vrederechterlijke tussenkomst lijkt logisch: de vermelde handelingen verlopen sowieso onder rechterlijk toezicht. Dit kan het toezicht door de voogdijrechter vervangen.

Zie ook: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 12.

382 Ter verantwoording van de besproken accentverschuiving luidt de parlementaire voorbereiding: “De voogd wordt gekozen wegens zijn persoon, meer bepaald op grond van zijn bekwaamheid om de voogdij uit te oefenen. Hij moet de rol van de ouders zo goed mogelijk vervullen en hen vervangen in hun optredende en verzorgende taak ten aanzien van het kind. Te dezen moet

hij zorgen voor de continuïteit en geen breuk teweegbrengen met de opvoeding die het kind voordien genoot, inzonderheid op het stuk van onderwijs en op godsdienstig en filosofisch vlak.” (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 21*).

HOOFDSTUK II
**BEHEER VAN DE GOEDEREN EN
 VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGDHEID**

§ 1. Volheid van bevoegdheden aan de zijde van de voogd

383 Zowel krachtens het oude artikel 450, eerste en tweede lid B.W. als krachtens (het nieuwe) artikel 405 § 1, tweede en derde lid B.W. beheert de voogd de goederen van zijn pupil zoals een goede huisvader en vertegenwoordigt hij hem in alle burgerlijke handelingen.

Een en ander maakt de voogd titularis van de bevoegdheden inzake het beheer van de goederen van zijn pupil.

384 Onder het oude recht had de voogd (evenwel) geen volheid van bevoegdheden.

Zie voor een uitgebreide bespreking terzake: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1250-1257, nrs. 1361-1367.

Zie ook: J. GYSELINX, "L'administration du tuteur", *J.J.P.* 1951, 159-174; G. VAN HECKE, noot onder Cass. 6 mei 1943, *R.C.J.B.* 1947, p. 183-192, nrs. 1-7.

Mede ingevolge het befaamde cassatiearrest van 6 mei 1943, dat het even befaamde maar niet altijd even duidelijke onderscheid vooropstelt tussen enerzijds de zogeheten "daden van louter beheer" die de voogd op exclusieve wijze kon stellen en anderzijds de zogeheten "daden van beschikking" (ingevolge waarvan een bestanddeel uit het te beheren vermogen verdween) voor het stellen waarvan de voogd een voorafgaande machtiging nodig had, week het voor de praktijk vooropgestelde vermogensbeheer af van de letter van de wet. In zijn voormeld arrest overwoog het Hof van Cassatie bondig "qu'en tant qu'acte de disposition d'un élément de l'avoir pupillaire, la cession d'une créance appartenant au mineur dépasse le pouvoir d'administration du tuteur et que, par suite et par identité des raisons dont s'inspirent les articles 457-458 C.c., pareil acte exige, pour sa validité, l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal" (vgl. echter: Cass. 30 april 1852, *Pas.* 1852, I, 475).

Het cassatiearrest van 6 mei 1943 is gepubliceerd in *Pas.* 1943, I, 157 en in *R.C.J.B.* 1947, 181 met noot van G. VAN HECKE.

Vergelijk met betrekking tot het vermelde onderscheid tussen daden van beheer en daden van beschikking, bv.: Rb. Hoei 12 december 1973, *Jur. Liège* 1973-74, 148 en Rb. Dendermonde 13 augustus 1973, *T. Not.* 1973, 270, aangehaald bij: E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes", *R.C.J.B.* 1977, p. 540-541, nr. 40.

Zie ook: R. VERDOT, "De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes 'd'administration' et des actes 'de disposition'", *Rev. trim. dr. civ.* 1968, p. 449-478, nrs. 1-49; G. VAN DEN BERGHE, "Over de noodzakelijkheid ener tussenkomst van de wetgever in de omvang van de bewindsbevoegdheid van de voogd", *R.W.* 1953-54, 465-476.

De oude artikelen 457-458 B.W. onderwierpen enkel het vervreemden van onroerende goederen aan een voorafgaande machtiging van de familieraad (hetgeen mogelijk was “uit hoofde van een volstreckte noodzakelijkheid of van een klaarblijkelijk belang” en, in voorkomend geval, met aanwijzing door de familieraad van de onroerende goederen die bij voorkeur moesten worden verkocht en onder de door de familieraad bepaalde voorwaarden), waarna de homologatie door de rechtbank van eerste aanleg moest volgen. Niettemin vielen alle rechtshandelingen die juridisch gezien een daad van beschikking uitmaken (doordat een bestanddeel uit het vermogen verdwijnt, bv. de verkoop van effecten waarvan de waarde voortdurend daalt), ook al betreft het economisch gezien een daad van beheer (vgl.: G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, “Overzicht van rechtspraak (1964-1974): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1976, p. 501-502, nr. 148), buiten de beheersbevoegdheid die de voogd zonder (voormelde) formaliteiten kon verrichten.

Zie: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, V, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 45-49, nrs. 40-42; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, *Les personnes* (door R. SAVATIER m.m.v. J. SAVATIER), Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 608-613, nrs. 545-548.

Zie nochtans: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, V, *Des personnes*, Parijs, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 1908, p. 571-578, nrs. 504-506; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1250-1252, nr. 1362.

In het licht van het voormelde cassatiearrest werd aangenomen dat de voogd, zonder de naleving van bijzondere vormvereisten, enkel daden van louter beheer kon verrichten (M.E. DE SENY, “L’*énumération des actes soumis à autorisation préalable du juge de paix, est-elle limitative ou exemplative?*”, noot onder Vred. Komen-Waasten 29 augustus 1996, *T.Vred.* 1997, 231-232). Aldus viel ook de vervreemding van om het even welk (lichamelijk) roerend goed onder het vermelde machtigings- en homologatievereiste, met uitzondering van de snel vergaansbare goederen en de roerende waarden. Hetzelfde gold voor de ondertekening van een akte van vóórtijdige pachtbeëindiging met afstand van het recht van voorkoop en van elke vergoeding dienaangaande (Rb. Antwerpen 12 april 1988, *R.W.* 1988-89, 262) en voor de ondertekening van een overeenkomst met het oog op een minnelijk deskundigenonderzoek in het raam van een schadebegroting ten behoeve van een pupil (Rb. Luik 25 mei 1989, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.912).

385 De praktijk was hoe dan ook anders (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 69-70).

Het vervreemden van lichamelijke roerende goederen geschiedde veelal zonder de naleving van bijzondere vormvereisten, tenzij het erg waardevolle voorwerpen betrof (Rb. Brussel 21 december 1967, *J.T.* 1968, 132), dan wel bijvoorbeeld een handelszaak, landbouw materiaal of een veestapel.

In se (als juridische entiteit, te onderscheiden van de samenstellende bestanddelen) betreft de handelszaak (het handelsfonds) een onlichamelijk roerend goed (A. KLUYSKENS, *Beginselen van*

burgerlijk recht, V, *Zakenrecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1953, p. 10-12, nr. 2 en p. 96-97, nr. 76).

Onlichamelijke roerende goederen, inzonderheid effecten en waarden, werden veelal in open bewaargeving gegeven bij een bankinstelling, waarna zij met een eenvoudige toestemming van de vrederechter werden verkocht (gebeurlijk na advies van de familieraad). Aan de vervreemding van onroerende goederen ging dan weer wel een voorafgaande machtiging van de familieraad en een homologatie door de rechtbank van eerste aanleg vooraf, zij het dat een en andere formaliteit slechts tussenkwam hetzij in geval van volstreckte noodzakelijkheid (zo, overeenkomstig het oude art. 457, derde lid B.W., uit een beknopte rekening bleek dat het gereed geld, de roerende goederen en de inkomsten van de pupil ontoereikend waren, bv. de voogd beschikte over te weinig inkomsten om de kosten van opvoeding en de studies van de minderjarige kinderen te betalen) hetzij in geval van een klaarblijkelijk voordeel (bv. in geval van dringend noodzakelijke doch door de voogd onmogelijk te bekostigen herstellingswerkzaamheden, een verkoop noodzakelijk om een verdere ontwaarding of een onteigening tegen te gaan, een merkelijk gunstig prijsaanbod in verhouding tot de waarde van het goed).

Zie bv. ook: Rb. Kortrijk 1 april 1980, *T. Not.* 1981, 52.

386 Thans heeft de voogd wel volheid van bevoegdheden.

Zie ook reeds: G. BAUDRY-LACANTINERIE, *a.w.*, V, p. 573-577, nrs. 504-506; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1250-1252, nr. 1362; C. DAUBANTON, "L'inscription hypothécaire tutélaire", *T. Vred.* 1987, p. 195, nr. 3.

In de regel beheert de voogd de goederen van zijn pupil te exclusieven titel en derhalve zonder de naleving van bijzondere vormvereisten (art. 405 § 1, derde lid B.W.): de voogd "regeert" in principe autonoom, zij het onder toezicht en controle van de toeziende voogd, de minderjarige (pupil) die de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en de vrederechter. De voogd vertegenwoordigt zijn pupil in alle burgerlijke handelingen (art. 405 § 1, tweede lid B.W.). Het voogdijbeheer omvat inzonderheid die handelingen leidende tot het behoud van de kapitaalkracht van het bedoelde vermogen, de non-speculatieve vermeerdering van die kapitaalkracht en de redelijke en veilige beleggingen om het vermogen productief te maken. Het beheer beoogt bovenal het vermogen van de pupil te bewaren, het te doen opbrengen en het te (doen) vermeerderen. Iets moeilijker uitgedrukt, gaat het om de instandhouding, de niet-speculatieve vermeerdering en de redelijke "vruchtdraging" van het te beheren vermogen. Zoals elke bewindvoerder, is ook de voogd in de uitoefening van zijn opdracht gebonden aan de reden waarom het bedoelde vermogensbeheer is ingesteld (K. BOONE en S. LEFEBVRE, "Beheer van de effectenportefeuille van een minderjarige", *T. Fin. R.* 2003, p. 542-543, nr. 50; F. SWENNEN, *Geestesge stoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 293-294, nrs. 372-373).

De wetgever stelt derhalve het nodige vertrouwen in de voogd, zij het dat hij jaarlijks verantwoording aflegt tegenover de vrederechter.

Enkel die rechtshandelingen die de wetgever op exhaustieve wijze aanduidt, zijn aan de voorgeschreven formaliteiten onderworpen. De in artikel 410 § 1 B.W. vervatte lijst van rechtshandelingen waarvoor de voogd de voorafgaande machtiging van de vrederechter nodig heeft, heeft derhalve een limitatief karakter.

Artikel 410 § 1 B.W. bevat een limitatieve opsomming van de handelingen die de voogd niet kan stellen zonder machtiging van de vrederechter. Dit betekent dat voor handelingen die niet in de lijst voorkomen, geen machtiging vereist is, zodat zij kunnen worden gesteld door een voogd die zelfstandig optreedt krachtens het algemene beginsel dat de voogd de minderjarige vertegenwoordigt in alle burgerlijke handelingen (art. 405 § 1, tweede lid B.W.). Deze bepaling strekt ertoe het traditionele onderscheid weg te werken tussen daden van beheer en daden van beschikking en aldus te voorkomen dat aan die begrippen een afwijkende interpretatie wordt gegeven (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 24).

Zie ook: E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, p. 30, nr. 32.

Niettemin betreft het een vrij omvangrijke lijst. Er werd gestreefd naar een zo groot mogelijke waterdichtheid van het toezicht op de verrichtingen van de voogd om misbruiken te voorkomen. Daarnaast vereist een goed en efficiënt beheer een zekere mate van soepelheid (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, p. 124).

387 Samenvattend zijn, wat het beheer van de goederen van de pupil betreft, vier categorieën handelingen van de voogd *qualitate qua* te onderscheiden (C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *T. Not.* 2001, p. 391, nr. 82). Enkel de eerste en de vierde zijn niet limitatief.

Een eerste categorie omvat de rechtshandelingen die de voogd alleen mag stellen, bijvoorbeeld het sluiten van een verzekeringscontract en het sluiten van een huurovereenkomst voor niet langer dan negen jaar. Zoals vermeld, vormt deze categorie de regel, waarop de volgende twee uitzonderingen zijn.

Een tweede categorie omvat de rechtshandelingen die de voogd slechts met de bijstand van de toeziende voogd mag stellen. Hier moet vooral worden gewezen op artikel 409 § 2, eerste lid B.W.: de voogd kan slechts met medeondertekening van de toeziende voogd kwijting geven van de kapitalen die de minderjarige in de loop van de voogdij ontvangt. Deze regel geldt voor alle kapitalen, en niet enkel voor de niet-opeisbare. Voorts moeten bepaalde handelingen in aanwezigheid van de toeziende voogd gebeuren, zo bijvoorbeeld de boedelbeschrijving (art. 406 § 2, tweede lid B.W.) en de verkoping van onroerende goederen (art. 1186, derde lid, 1187, vierde lid en 1193*bis*, zesde lid Ger.W.).

Een derde categorie omvat de (limitatieve reeks van) rechtshandelingen die de voogd slechts met een voorafgaande machtiging van de vrederechter mag stellen. Terzake zij verwezen naar artikel 410 B.W.: deze bepaling vindt haar inspiratie in artikel 488*bis*, f § 3, tweede lid B.W., maar is veel uitgebreider. De bedoelde lijst van handelingen omvat echter geen belangrijke persoonsgebonden handelingen.

SWENNEN en JANSSENS betreuren dit, met dien verstande dat op het machtigingsvereiste daarvoor (uiteraard) wel een uitzondering zou moeten worden gemaakt in artikel 378 B.W. (F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *R.W.* 2001-02, p. 14, nr. 72).

388 Een vierde categorie betreft dan de handelingen die de voogd nooit mag stellen en waarvoor hij dan ook geen machtiging kan verkrijgen, kortom: de verboden rechtshandelingen (C. CAPITAINE en S. THIELEN, "La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi 'réparatrice' du 13 février 2003: aspects pratiques", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 124, nr. 4; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 17, nr. 86). Zo mag de voogd geen handelingen stellen die geen (economische) bewindsdaad zouden uitmaken, aldus bijvoorbeeld de eenzijdige verarming van het bewindsvermogen (zie wel: art. 511 B.W.). Verder is de voogd "onbevoegd" om de pupil te vertegenwoordigen bij rechtshandelingen die wegens het hoogstpersoonlijke karakter niet vatbaar zijn voor vertegenwoordiging, aldus bijvoorbeeld de redactie van een testament of de huwelijksluiting. Tot slot speelt een beperkte vorm van onbevoegdheid, dan wel "relatieve onbekwaamheid" daar waar de voogd, gebeurlijk ook de toeziende voogd, door de inhoud van zijn opdracht al te zeer invloed zou kunnen verwerven op de persoon en het vermogen van de pupil (zie ook: art. 907 B.W.). Aldus kan de (toeziende) voogd, overeenkomstig artikel 411 B.W., geen goederen van de minderjarige verkrijgen, noch rechtstreeks noch door een tussenpersoon (zie ook: art. 1596 B.W.), behalve op grond van de Wet van 16 mei 1900 "tot wijziging van het erfstelsel voor de kleine nalatenschappen", van de Wet van 29 augustus 1988 "op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit" of in het raam van een gerechtelijke verdeling of een minnelijke verdeling overeenkomstig artikel 1206 Ger.W. Zij kunnen de goederen van de minderjarige slechts in huur nemen wanneer de vrederechter daartoe op schriftelijk verzoek machtiging verleent, geval waarin de vrederechter in zijn beschikking de huurvoorwaarden bepaalt, alsook de bijzondere waarborgen verbonden aan de aldus toegestane huur.

389 Daarnaast zijn er nog een aantal rechtshandelingen met *formae habilitantes sui generis*, zoals de goedkeuring en het voorzitterschap van de vrederechter bij een minnelijke verdeling (art. 1206 Ger.W.) en bij een minnelijke omzetting van het erfrechtelijke vruchtgebruik van een langstlevende echtgenoot waarbij een minderjarige (pupil) betrokken is (art. 745*sexies* § 1, tweede lid B.W.).

§ 2. Verantwoordelijkheid van de voogd

390 Het principieel onbezoldigde karakter van de voogdijopdracht (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 8*) neemt niet weg dat de voogd zich van zijn opdracht moet kwijten als een *bonus pater familias* (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 20, nr. 21).

Zie ook: *Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 75*.

Krachtens artikel 405 § 1, derde lid B.W. is de voogd gehouden tot vergoeding van de schade die zou kunnen voortvloeien uit een slecht beheer.

Zie, ter vergelijking, een uitgebreide bespreking van de aansprakelijkheid aan de zijde van de voorlopige bewindvoerder: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, 149-158.

Zoals dit reeds in het licht van het oude artikel 450, tweede lid B.W. het geval was, staat (ter beoordeling van de gebeurlijke aansprakelijkheid van de voogd) het (klassieke fout)criterium van de *culpa levis in abstracto* centraal.

Zie: H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 28, nr. 19; P. MARCHAL, “Les incapables majeurs”, in *Répertoire notarial, I, Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 118, nr. 69.

De zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden wanneer de voogd zich anders gedraagt dan een normaal zorgvuldig en vooruitziende voogd belast met het beheer van andermans vermogen, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Zijn aansprakelijkheid rijst niet alleen wanneer de voogd een specifieke (wettelijke bepaling of gedrags)norm overtreedt (bv. art. 410 § 1 B.W.), maar ook wanneer hij schade berokkent door zijn (onzorgvuldig, dan wel onvoldoende vooruitziend) doen of nalaten (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1322-1325, nrs. 1438-1439), bijvoorbeeld om een dringende herstelling aan een aan de pupul toebehorend onroerend goed te laten uitvoeren of om, in voorkomend geval, een behoorlijke verdediging (in rechte) te (laten) bieden. Een loutere vergissing kan men hem, mede gelet op het principieel onbezoldigde karakter van zijn mandaat, bezwaarlijk ten kwade duiden.

In se impliceert het onbezoldigde karakter echter geen verminderde aansprakelijkheid in de zin van artikel 1992, tweede lid B.W. (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1320-1321, nr. 1437).

Bij een verminderde aansprakelijkheid in de zin van artikel 1992, tweede lid B.W. speelt enkel de zogeheten *culpa levis in concreto*: de aansprakelijkheid rijst slechts indien men aan het beheer van andermans vermogen niet dezelfde zorg besteedt als aan het beheer eigen vermogen.

391 Vroeger beriep de voogd zich al eens op de “verzachtende omstandigheid” dat hij verplicht was de opdracht op te nemen, “zo goed en zo kwaad als hij kon” (P. DE BEUS, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Turnhout, Van Mierlo/Proost, 1948, 335). Het thans niet langer verplichte karakter van de voogdijopdracht kan evenwel bezwaarlijk tot een strengere beoordeling leiden.

Vgl.: C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 408, nr. 104.

392 In wezen is de voogd een lasthebber *sui generis*.

Zie terzake: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1320-1322, nr. 1437.

Dit maakt bijvoorbeeld dat, wanneer de voogd in het raam van een contractuele relatie een fout begaat, deze in de regel aan de pupil (die als mandant geacht wordt de overeenkomst te sluiten en ze tevens uit te voeren) toe te rekenen is (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1325-1327, nr. 1441).

393 Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de toeziende voogd (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1327-1328, nr. 1442), inzonderheid wanneer hij, omwille van een zich voordoende belangentegenstelling, de voogd (namens de pupil) vervangt (art. 404, eerste lid B.W.). Bovendien komt het de toeziende voogd (als toezichtorgaan) toe, in voorkomend geval, vast te stellen dat de voogd in zijn opdracht tekort schiet, waarvan hij “onverwijld” de vrederechter in kennis moet stellen (art. 403 B.W.). Indien, ingevolge een gebrek aan toezicht, de toeziende voogd (mede) schade berokkent aan de pupil, moet hij deze vergoeden. In dit raam biedt de wetgever hier en daar enige precisie. Aldus moet de toeziende voogd krachtens artikel 404, tweede lid B.W., bij het openvallen van de voogdij ingevolge de beëindiging van een voogdijopdracht, (door de vrederechter, aldus art. 393 B.W.) een nieuwe voogd doen benoemen, en dit op straffe van vergoeding van de schade die daaruit (d.w.z. uit het gebrek aan actie van de toeziende voogd) voor de minderjarige (pupil) zou kunnen voortvloeien.

394 De (toeziende) voogd draagt *qualitate qua* niet de (vermoede) aansprakelijkheid van de ouders voor de fouten van hun minderjarige kinderen overeenkomstig artikel 1384, tweede lid B.W., ook al heeft hij toezicht op de minderjarige (H. NUYTINCK, “De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk”, *T.P.R.* 1979, p. 45, nr. 24; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 17, nr. 86). *De lege lata* kan voormelde bepaling bezwaarlijk per analogie worden uitgebreid. De (toeziende) voogd is enkel voor zijn persoonlijke fout aansprakelijk (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 168, nr. 1199). Hij is niet aansprakelijk voor de schade die zijn pupil veroorzaakt.

Vgl.: F. SWENNEN, *a.w.*, p. 406-408, nr. 497, die stelt dat de voogd als toezichthouder in de zin van artikel 1384, eerste lid B.W. kan worden beschouwd. Voormelde auteur gaat hierbij in tegen: Cass. 19 juni 1997, *R.W.* 1998-99, 148, noot A. VAN OEVELEN.

SENAËVE betreurt dit (P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 69, nr. 178). Hij verwijt de wetgever van 29 april 2001 de vermelde bepaling niet te hebben geëxtrapoleerd naar de voogd, (zeker) nu deze ook “volheid van bevoegdheden” heeft gekregen inzake de zorg voor de persoon en de opvoeding van de pupil. De

aansprakelijkheid van de ouders voor hun minderjarig kind berust immers op een alternatief foutvermoeden, namelijk een vermoeden ofwel van een fout in de opvoeding van het kind, ofwel van een fout in het toezicht op het kind (H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, "Overzicht van rechtspraak (1994-1999): Onrechtmatige daad", *T.P.R.* 2000, p. 1810-1811, nr. 110; Cass. 5 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 377). Nu ook de voogd de volle verantwoordelijkheid heeft voor de opvoeding van en het toezicht op zijn pupil, is het onbegrijpelijk dat niet aan beide categorieën van personen met volle verantwoordelijkheid voor de persoon van een minderjarig kind de aansprakelijkheid wordt opgelegd voor de schade die dit kind door zijn onrechtmatige daad toebrengt aan derden. SENAËVE besluit dat het bedoelde verschil in behandeling de toetsing door het Arbitragehof aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet zou doorstaan.

395 Bepaalde wetgeving, te weten het Veldwetboek van 7 oktober 1886 in artikel 94, het Boswetboek van 19 december 1854 in artikel 173 en de Gecoördineerde Wet van 16 maart 1968 "betreffende de politie over het wegverkeer" (*B.S.* 27 maart 1968) in artikel 67, duidt daarentegen wel de voogd aan als aansprakelijke persoon voor de geldboeten, teruggaven, schadevergoedingen en kosten die voortvloeien uit de veroordelingen uitgesproken tegen de bij hem inwonende minderjarige (pupil).

Het Veldwetboek werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 14 oktober 1886; de Nederlandse tekst van deze wet, gewijzigd en aangevuld tot 8 april 1969, werd vastgesteld bij Wet van 8 april 1969 (*B.S.* 25 juni 1969).

Het Boswetboek werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 22 december 1854; de Nederlandse tekst van deze wet werd vastgesteld bij Wet 8 april 1969 (*B.S.* 6 augustus 1970, *err. B.S.* 15 september 1970), thans (wat het Vlaamse Gewest betreft) opgeheven bij artikel 113 van het Bosdecreet van de Vlaamse Raad van 13 juni 1990 (*B.S.* 28 september 1990).

De meeste wetgeving maakt evenwel eenvoudigweg toepassing van artikel 1384, tweede lid B.W., zoals bijvoorbeeld artikel 3, derde lid van de Wet van 15 juli 1960 "tot zedelijke bescherming van de jeugd" (*B.S.* 20 juli 1960) en artikel 44, tweede lid van de Wet van 12 april 1965 "betreffende de bescherming van het loon der werknemers" (*B.S.* 30 april 1965).

Zie terzake: H. NUYTINCK, *t.a.p.*, p. 46, nr. 24.

§ 3. Delegatie van bevoegdheden

396 Evenals inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f, tweede lid B.W.), kan de voogd zich bij het hem opgedragen vermogensbeheer laten bijstaan.

Ook de toeziende voogd kan zich laten bijstaan (vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, nr. 53).

In de lijn van het oude artikel 454, tweede lid B.W., bepaalt artikel 405 § 1, vierde lid B.W. thans dat de voogd zich in het beheer van de goederen van de pupil kan laten bijstaan door personen die onder zijn verantwoordelijkheid handelen.

Zie inzake het voorlopig bewind: E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f § 1 B.W.”, in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1995, p. 2-3, nrs. 3-5; Y. LELEU en J.-M. VANSTAËN, “La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d’en assurer la gestion – Aperçu législatif et commentaire”, *Act. dr.* 1993, p. 623, nr. 97; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 237, nr. 305; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, “Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen”, in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 173, nr. 368; W. PINTENS en A. VERBEKE, “Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige”, *R.W.* 1991-92, p. 176, nr. 26; M. VERRYCKEN, “De wetgeving inzake het beheer van goederen van geesteszieken”, *Vl. T. Gez.* 1992, 195.

Ook hier is de uitdrukkelijke voorafgaande machtiging van de vrederechter vereist.

Zie hierover: *Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/014, p. 13; *Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/020, p. 6-8; *Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 33.

Is dit ook het geval wanneer de bedoelde bijstand geen specifieke kosten meebrengt?

Gelet op de terzake niet genuanceerde wettekst, voelt het antwoord positief aan. Vroeger was het anders: machtiging van de familieraad was enkel nodig indien de bijstand specifieke kosten impliceerde (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1158-1159, nr. 1237, A). In die optiek suggereren CASMAN en MASSON nog steeds “de limiter la nécessité d’une autorisation au cas où l’assistance, comme cela était prévu auparavant, entraînerait des frais grevant le patrimoine ou même seulement les revenus du mineur” (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 27, nr. 18). Inderdaad, waarom zou de vrederechter moeten tussenkomen indien de bijstand, die sowieso onder de blijvende verantwoordelijkheid van de voogd plaatsvindt, geen specifieke kosten voor de pupil meebrengt?

Hetzelfde geldt voor de aanstelling van een “bijzondere” lasthebber die in de regel onbezoldigd handelt: “Le mandat général, tout comme la délégation d’une charge accordée à titre personnel, ne se conçoit pas. Mais le mandat particulier, accordé à des fins spécifiques et à durée déterminée, ne nous semble pas inconciliable avec le régime nouveau de la tutelle, tant que le mandataire n’est pas rémunéré” (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 27, nr. 18).

Vgl.: F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 26-27, nr. 54.

Uiteraard mag de voogd daarbij niet afwijken van de regels inzake de werking van de voogdij.

397 De wet vermeldt enkel de bijstand in het goederenbeheer. Uiteraard kan de voogd, zij het steeds onder zijn verantwoordelijkheid, ook laten bijstaan wat betreft de zorg voor de persoon van de pupil. De vroegere bevoegdheid van de familieraad om de zorg voor de persoon op te dragen aan een derde (Cass. 28 mei 1888, *Pas.* 1888, I, 241), komt nu aan de voogd toe. Zo zou de voogd beroep kunnen doen op een “au pair” met het oog op de dagdagelijkse

zorg voor de persoon van de pupil. Gelet op zijn volheid van bevoegdheid, behoeft de voogd geen machtiging van de vrederechter.

398 Dit alles sluit geenszins uit dat de voogd zijn opdracht persoonlijk moet vervullen (Rb. Nijvel 6 oktober 1959, *Rec. Niv.* 1960, 92; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1960-1964): Personnes et biens”, *R.C.J.B.* 1966, p. 224, nr. 50). Hij mag de hem toegemeten bevoegdheden niet (geheel of ten dele) aan een derde delegeren, zoals dit in de regel het geval is bij wettelijke en gerechtelijke mandaten strekkende tot beheer van andermans vermogen.

Zie ook: H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken – Wetten van 1990-1991*, p. 126, nr. 24; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 237, nr. 304.

De bedoelde personen (bv. beleggingsadviseurs, notarissen, advocaten, fiscale raadgevers, boekhouders) verlenen enkel (gekwalificeerd) advies en steun. Zij kunnen nooit in de plaats van de voogd treden.

399 Artikel 405 § 1, vierde lid B.W. is niet van toepassing voor de toeziende voogd.

Niettemin geldt het voormelde ook voor hem. Zo kan de toeziende voogd de jaarlijkse voogdijrekening laten doorlichten door een accountant. Indien het bedoelde toezicht kosten (van bijstand) met zich brengt, belet niets dat de vrederechter de toeziende voogd een vergoeding toekent (F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 27, nr. 54).

Toch kan de toeziende voogd zich bijvoorbeeld niet stelselmatig laten vervangen ter vervulling van het in artikel 409 § 2, eerste lid B.W. bepaalde vereiste van medeondertekening (door de toeziende voogd) bij het geven van kwijting van (in de loop van de voogdij) aan de pupil toekomende kapitalen. Evenmin als de voogd kan de toeziende voogd zijn opdracht delegeren.

Hierbij zij nog even de essentieel verschillende taak van de voogd enerzijds en van de toeziende voogd anderzijds beklemtoond: hieruit vloeit voort dat, wanneer hun beider aanwezigheid nodig is voor het stellen van een bepaalde rechtshandeling (bv.: art. 406 § 2, tweede lid B.W.), zij zich niet door een en dezelfde volmachtdrager kunnen laten vertegenwoordigen (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 27, nr. 18; C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 388, nr. 76; *Pand. b.*, CIII, tw. *Subrogé tuteur (mineurs d'age)*, Brussel, Larcier, 1911, 58, nr. 216).

400 Verder handelen de personen wier bijstand hij inroept onder de verantwoordelijkheid van de voogd, nu dit geen afbreuk doet aan de in artikel 405 § 1, derde lid B.W. bepaalde schadevergoedingsverplichting bij wanbeheer. De derde persoon “vervangt” de voogd immers niet, hij staat de voogd enkel bij. Indien ingevolge het optreden van die derde de aansprakelijkheid van de voogd jegens zijn pupil rijst, kan de voogd een vordering tot vrijwaring richten tegen de persoon die hem bijstond (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 118, nr. 280, j).

§ 4. Inkomsten van de pupil

401 Naar analogie met de voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, f § 5 B.W.) besteedt de voogd de inkomsten van de pupil bij voorrang aan diens onderhoud en verzorging (art. 405 § 1, vijfde lid B.W.). Hij moet ook de toepassing van de sociale wetgeving vorderen.

402 Een groot verschil met de taak van de ouders is en blijft dat de (toezien- de) voogd niet de (ouderlijke) verplichting heeft te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van de kinderen in de zin van artikel 203 § 1, eerste lid B.W.

Zie: G. BAETEMAN en J. GERLO, "Overzicht van rechtspraak (1975-1980): Personen- en Familierecht", *T.P.R.* 1981, p. 941, nr. 246; P. SENAËVE, "Art. 203 B.W.", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 6-7, nrs. 9-11; P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding", *t.a.p.*, p. 68, nr. 176.

Hij moet dus niet, althans niet als voogd *qualitate qua*, met "eigen penningen" instaan voor de kosten die de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding meebrengen (P. SENAËVE, *a.w.*, II, 2004, p. 159, nr. 1157 en p. 178, nr. 1225). De onderhoudsverplichting van artikel 203 B.W. rust enkel op de ouders en, binnen zekere grenzen, op de stiefouder na het overlijden van de ouder-echtgenoot.

De pupil wordt opgevoed ten laste van zijn eigen inkomsten en van de sociale uitkeringen, met name de (verhoogde) kinderbijslag voor wezen. Indien dit niet volstaat, dienen de wettelijke onderhoudsplichtigen te worden aangesproken, met name de grootouders.

HOOFDSTUK III

BETWISTING TUSSEN DE PUPIL EN ZIJN (TOEZIENDE) VOOGD

403 In geval van ernstige betwisting tussen de minderjarige (pupil) en zijn (toeziende) voogd kan de pupil zich, op eenvoudig mondeling of schriftelijk verzoek, tot de procureur des Konings richten.

Hierbij geldt een dubbel vereiste: enerzijds moet het gaan om een ernstige betwisting met de (toeziende) voogd, anderzijds moet de pupil minstens twaalf jaar oud zijn als de betwisting met zijn persoon te maken heeft en vijftien jaar oud als de betwisting met zijn goederen te maken heeft. Deze laatste geniet terzake (nog steeds) geen procesbekwaamheid. Indien de minderjarige jonger is dan twaalf dan wel vijftien jaar, komt het vooral de toeziende voogd toe een en ander onder de aandacht van de vrederechter te brengen (art. 403, eerste lid B.W.; H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 227).

De wetgever van 29 april 2001 is bewust niet willen ingaan op het alternatief om de minderjarige (pupil) toe te laten om zich rechtstreeks tot de vrederechter te wenden: nu, krachtens artikel 390 B.W., de organisatie en het toezicht over de voogdij tot de bevoegdheid van de vrederechter behoort, zou deze rechtstreekse toegang tot de vrederechter nochtans voor de hand liggen.

De wetgever wijst dit af. Hij beklemtoont hierbij de rol van natuurlijke beschermer die de procureur des Konings speelt tegenover de minderjarige. Het verlenen aan de minderjarige van een rechtstreekse toegang tot de vrederechter zou op lange termijn het risico inhouden dat het openbaar ministerie deze rol aan de vrederechter overlaat: de vrederechters zouden overigens “minder beweeglijk” zijn dan de parketmagistraten, vooral diegenen die zich bezighouden met de jeugdzaken, die de gewoonte hebben om de minderjarige ter plaatse te bezoeken (*Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 34).

Zodoende is er geen rechtstreekse toegang tot de vrederechter voor de minderjarige (pupil), althans niet in theorie.

Zie: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 391, nr. 83.

De praktijk wijst wellicht anders uit: C. CAPITAINE, “Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l’autorité parentale”, in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 160: “Combien de mineurs oseront s’adresser au procureur de Roi? S’ils franchissent le pas, quel suivi sera accordé à une demande par simple lettre, ou même verbale, dans un parquet surchargé? Il eût été plus simple que le mineur, qui connaît probablement déjà le juge de paix par des auditions antérieures, puisse s’adresser directement à lui”; M. GRÉGOIRE, “La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d’autorité parentale et de tutelle”, *Rev. not. b.* 2002, p. 156, nr. 31.

Dit is evenmin het geval voor bezorgde familieleden of naasten die twifelen over de oprechtheid waarmee de voogd zijn taak waarneemt. Zij richten zich best tot de toeziende voogd die zijn verantwoordelijk moet opnemen (art. 403,

eerste lid B.W.). Overeenkomstig artikel 407 § 2 B.W. kan elke “belanghebbende” zich tot de vrederechter wenden, maar dit betreft enkel de in artikel 407 § 1 B.W. bedoelde “budgetbeslissingen” (H. CASMAN, *t.a.p.*, 228).

Voor de goede orde zij aangestipt dat, inzake het ouderlijk gezag, geen enkele mogelijkheid voorligt om een conflict tussen het kind en zijn ouder(s) via een civielrechtelijke procedure beslecht te zien: in een systeem van ouderlijk gezag bestaat als enige uitweg de tussenkost van de buitengerechtelijke dan wel de gerechtelijke jeugdbescherming.

Zie ook: G. ROBESCO en E. FUMAL, “Aide à la jeunesse: monopole du ministère public? – Pouvoirs limités du juge de la jeunesse?”, in L. BIHAIN (ed.), *Droit de la jeunesse*, Luik, Formation permanente CUP, 2002, 207 e.v.

404 Ingeval de procureur des Konings een klacht ontvangt vanwege een pupil, dient hij alle nuttige inlichtingen in te winnen. Indien hij de klacht voldoende gegrond acht, maakt hij de zaak bij verzoekschrift aanhangig bij de vrederechter (art. 405 § 2, tweede lid B.W.). Hij filtert als het ware de verscheidene klachten gelet op de ernst van de situatie: hij oordeelt of het al dan niet opportuun is om de zaak aan de vrederechter door te spelen. Het moet immers gaan om een “ernstige” onenigheid tussen de pupil en zijn (toeziende) voogd, niet om een eenvoudig meningsverschil over de persoon van de pupil of over het beheer van zijn goederen (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 21-22).

405 In voorkomend geval beslecht de vrederechter het bedoelde conflict, en dit na de minderjarige (pupil), de voogd en de toeziende voogd te hebben gehoord (F. APS, “De procedures inzake voogdij en het hoorrecht van minderjarigen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 279, nr. 634).

De vraag rijst welk criterium de vrederechter hierbij in acht moet nemen. De “blanconorm” van het belang van het kind lijkt hier onvoldoende bevredigend: de vrederechter moet zich ervoor hoeden het gezag van de (toeziende) voogd al te zeer te ondermijnen. In die optiek verschilt deze (vrede)rechterlijke tussenkost met deze inzake geschillen tussen de ouders onderling, waar de wetgever evenmin uitdrukkelijk een criterium vooropstelt, maar waar men vrij unaniem aanvaardt dat het belang van het kind centraal moet staan (F. BUYSENS, “Wijziging van onderhoudsbijdrage na E.O.T.: het belang van het kind moet primeren”, noot onder Wervik 10 november 1998, *T.Vred.* 2000, 234 e.v.). Hoewel het belang van het kind als een algemeen rechtsbeginsel kan fungeren, moet de vrederechter hier een ietwat meer terughoudende rol spelen: hij moet als het ware een marginale controle bewerkstelligen (P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 72-73, nr. 189).

Zie voor een genuanceerde bespreking van het belang van het kind als criterium: A.-Ch. VAN GYSEL, "L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité", in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial – Le point en 2001*, Luik, Formation permanente CUP, 2000, 169 e.v.

TITEL VI
VERMOGENSBEHEER

HOOFDSTUK I VERMOGENSBESCHRIJVING

§ 1. Vermogensbeschrijving als uitgangspunt voor een goede werking van de voogdij

406 Als eerste taak na zijn benoeming stelt de voogd de toestand van het te beheren vermogen vast en beschrijft hij het ten behoeve van de vrederechter. Wie de opdracht krijgt en ook aanvaardt om andermans vermogen te beheren, moet, vooraleer het beheer kan ingaan, het bedoelde vermogen “kristalliseren”: dit vermogen vormt dan de basis van waaruit het latere beheer van dat vermogen kan worden beoordeeld (M. GRÉGOIRE, “La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d’autorité parentale et de tutelle”, *Rev. not. b.* 2002, p. 152, nr. 27; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 114, nr. 280, e). Dit geldt ook voor de voogd. Een goede werking van de voogdij impliceert dat de betrokkenen weten waarop die werking slaat (F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 11, nr. 56).

Zie ook: F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 201, nr. 423.

In geval van verzegeling vordert de voogd eerst de ontzegeling.

Op die manier verschafft hij (ook) de vrederechter een duidelijk inzicht in de beginsituatie, wat een doeltreffende controle mogelijk maakt (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 22).

Zie ook: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1235, nr. 1338, die bevestigt dat “l’inventaire constitue une garantie à la fois pour le pupille et pour le tuteur. Quant au premier, l’inventaire prévient les détournements et quand au second, il évite toute contestation de la part du mineur lors de la reddition de comptes à l’expiration de la tutelle, tout au moins relativement à la consistance initiale du patrimoine pupillaire”.

§ 2. Huidige regeling is gegroeid uit een bestaande praktijk

407 Krachtens het oude artikel 451, eerste lid B.W. diende de voogd, binnen tien dagen volgend op zijn benoeming, te doen overgaan tot een notariële boedelbeschrijving alsook tot een notariële staat (van bevinding) van de onroerende goederen van de pupil (A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standard, 1950, p. 648-649, nr. 723).

De praktijk was evenwel anders (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer Rechts-

wetenschappen, 1983, 67; P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 460, nr. 1278). Veelal namen de familieleden, onder impuls van de vrederechter, genoegen met een onderhandse schattingsstaat met betrekking tot het bedoelde vermogen, zo mogelijk op grond van de polis van brandverzekering. Gebeurlijk legde de voogd ten behoeve van de familieraad een louter mondelinge verklaring af. Enkel in de eerder uitzonderlijke situaties waarin er onduidelijkheid heerste omtrent de vermogenstoestand van de pupil en waarin de (omvang en de) waarde van de onderscheiden vermogensbestanddelen moeilijk te schatten waren, oppteerde de vrederechter, veeleer dan de familieraad zelf, voor een notarieel optreden (bv. bij feitelijke scheiding of echtscheiding van de ouders van de minderjarige, wanneer er in de nalatenschap van de overleden ouder(s) een bankkluis voorhanden was of wanneer er een handelszaak of een onderneming tot het vermogen van de pupil behoorde).

408 De concrete werkwijze verschilde van kanton tot kanton (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 67-68).

Soms werden de van het Ministerie van Justitie uitgaande formulieren "Schatting – voorzien in artikel 453 B.W." gebruikt. Krachtens het oude artikel 453, tweede lid B.W. diende, bij een gedeeltelijke voogdij, de ouder-voogd (die het persoonlijke en wettelijke genot van de goederen van de minderjarige had en aldus krachtens artikel 453, eerste lid B.W. was vrijgesteld van de in artikel 452 B.W. bepaalde verplichting om de lichamelijke roerende goederen openbaar te (doen) verkopen indien zij verkozen deze te bewaren ten einde ze *in natura* terug te geven), op eigen kosten, die goederen op hun juiste waarde te doen schatten door een "deskundige" (doorgaans een lid van de familieraad) die door de toeziende voogd werd benoemd en die ten overstaan van de vrederechter de eed aflegde.

In andere kantons stelden de vrederechters zelf invulformulieren op waarin ze naar de omvang, de samenstelling en de waarde van de te beheren goederen, onroerende zowel als roerende, peilden. De bedoelde formulieren werden dan aan de voogd voor invulling overgemaakt met het oog op de eerste familieraad.

In nog andere kantons gaf de vrederechter aan zijn griffier de opdracht om aan de hand van de verklaringen van de voogd een lijst (een soort balans) te redigeren van de te beheren activa en passiva. Indien nuttig, toetste hetzij de toeziende voogd of een (ander) lid van de familieraad, hetzij een (bezoldigde) schatter deze gegevens op hun realiteitsgehalte.

409 Het niet doen opstellen van voormelde notariële beschrijving bracht voor de voogd geen rechtstreekse sanctie mee (P. SENAEVE, *a.w.*, p. 460, nr. 1279). Het oude artikel 451, derde lid B.W. preciseerde wel dat de toeziende voogd, die de voogd niet verplicht had een boedelbeschrijving op te maken,

met hem hoofdelijk aansprakelijk was voor alle veroordelingen ten voordele van de pupil.

410 Thans heeft de wetgever op voormelde praktijk ingespeeld.

Anders dan inzake het voorlopig bewind, stelt de wetgever nog steeds een notariële beschrijving van het te beheren vermogen voorop.

Zie inzake het voorlopig bewind: F. BLONTRUCK, "De voorlopige bewindvoerder: de Wet van 18 juli 1991", *T. Not.* 1992, p. 113, nr. 20; P. MARCHAL, "Les incapables majeurs", in *Répertoire notarial*, I, *Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 234-235, nr. 303; W. PINTENS en A. VERBEKE, "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *R.W.* 1991-92, p. 179, nr. 44.

Anders, doch ten onrechte: M. BOSMANS, "De Wet van 18 juli 1991 houdende patrimoniale bescherming van de meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand niet in staat is zijn goederen te beheren", *T.Vred.* 1991, p. 318, nr. 4.1.

Het oorspronkelijke wetsontwerp "tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over de minderjarigen" (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 162-163) stelde te dezen een beoordelingsbevoegdheid aan de zijde van de vrederechter voorop. Alsdan zou de vrederechter steeds, van geval tot geval, bij een met redenen omklede beschikking moeten beslissen of de staat van de onroerende goederen en de boedelbeschrijving bij notariële akte, dan wel onderhands moet worden opgemaakt.

De wet bepaalt wel dat de vrederechter (zij het niet ambtshalve, maar op verzoek) bij een met redenen omklede beschikking een onderhandse beschrijving kan toelaten (art. 406 § 1, tweede lid B.W.). In deze beschikking kan de vrederechter dan bijkomende vereisten stellen waaraan de onderhandse beschrijving moet voldoen.

Waar de voogd zonder meer een notaris (naar keuze) kan aanspreken met het oog op een notariële boedelbeschrijving, kan hij slechts met machtiging van de vrederechter voor een onderhandse boedelbeschrijving opteren. De vrederechter zal die laatste optie bij voorkeur beamen wanneer het te beheren vermogen zeer bescheiden is (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 45).

411 Dit ligt in de lijn van artikel 1428, eerste lid B.W., krachtens welk, in geval van ontbinding van het wettelijk stelsel door het overlijden van een der echtgenoten, de langstlevende echtgenoot gehouden is een beschrijving en een schatting op te maken van de gemeenschappelijke roerende goederen en schulden, beschrijving waarvan, overeenkomstig het tweede lid, de inhoud wordt geregeld in de artikelen 1175-1184 Ger.W., maar die onderhands mag geschieden wanneer alle belanghebbende meerderjarige partijen daarmee instemmen en, ingeval er minderjarigen of onbekwamen zijn, wanneer de (bij verzoekschrift aangezochte) vrederechter daarmee instemt.

§ 3. Notarieel is de regel, onderhands de uitzondering

412 In de regel moet de voogd zich derhalve richten naar de artikelen 1175-1184 Ger.W.

Zie onder meer: Chr. DE WULF en H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, III, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, p. 1641-1642, nrs. 1480-1481; J.-L. RENS,

“Bijzondere rechtsplegingen”, in A. FETTWEIS, E. GUTT, E. KRINGS, A. LEPAIGE en M. STORME (ed.), *Handboek voor gerechtelijk recht*, Antwerpen, SWU, 1979, p. 47-60, nrs. 47-57; Th. VAN SINAY, “Art. 1175-1184 Ger.W.”, in P. DEPUYDT, J. LAENENS, D. LINDEMANS en S. RAES (reds.), *Comm. Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1996; Th. VAN SINAY en J. VERSTAPPEN, *Boedelbeschrijvingen inzake familiaal vermogensrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 2-36, nrs. 1-40.

Dit is slechts in zekere mate logisch (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 34-35; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 153, nr. 27; D. PATART, “L’incidence de la réforme de la tutelle sur l’inventaire des biens des mineurs”, *Rec. gén. enr. not.* 2002, nr. 25.293, p. 463-464, nr. 4). Weliswaar ontstaat de voogdij meestal ingevolge een overlijden en dit van hetzij (hoewel het eerder uitzonderlijk is) beide ouders, hetzij van de langstlevende dan wel van de enige ouder (art. 389, eerste lid B.W.). Dit overlijden gaat gepaard met het openvallen van een nalatenschap, waarvan de aanvaarding, krachtens artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W., enkel onder voorrecht van boedelbeschrijving kan gebeuren (ook wanneer het vermogen manifest toereikend is om de schulden die het bezwaren te betalen).

Zie hierover: Chr. DE WULF, “Erfenissen, schenkingen en legaten – Verzegeling en boedelbeschrijving – Verdelingen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 323-326, nrs. 719-727.

Deze inventaris moet (nog steeds) notarieel zijn (art. 794 B.W.). Een onderhandse inventaris is naar de vorm onregelmatig (L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, “De beneficiaire aanvaarding – Enkele beschouwingen bij een weinig voorkomende erfkeuze”, *T. Not.* 1997, 326; H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 29, nr. 20). Een dergelijke inventaris is immers niet tegenwerpbaar ten aanzien van derden (inzonderheid de schuldeisers), wat maakt dat hij niet kan dienen met het oog op de geldige aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 176, nr. 54).

Het (door de voogd) te beheren vermogen kan natuurlijk meer omvatten dan de goederen die tot de bedoelde nalatenschap (waarvan het openvallen tot inrichting van de voogdij noopt) behoren, bijvoorbeeld goederen die het minderjarige kind reeds naar aanleiding van het overlijden van de eerste ouder heeft verworven, dan wel goederen die aan het kind gebeurlijk via de grootouders zijn vermaakt, kortom de goederen die het kind reeds bezat vóór het overlijden naar aanleiding waarvan de voogdij is ontstaan. Voor de goederen die de pupil reeds vóórdien bezat, moet ook tot inventarisatie worden overgegaan. Dit is, zoals aangestipt, het basisgegeven op grond waarvan de opdracht van de voogd kan worden bepaald en gecontroleerd en waarover hij verantwoording zal moeten geven.

413 Voor deze inventaris bepaalt artikel 406 B.W. nieuwe regels.

Zie over het begrip “inventaris”: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 171-173, nr. 50.

Hoewel het de regel is, moet het hier niet noodzakelijk gaan om een notariële boedelbeschrijving, evenmin om een gedetailleerde boedelbeschrijving wat de roerende goederen betreft.

Hoewel het notariaat suggereerde om voor iedere inventaris een mogelijkheid tot afwijking te bepalen (wat een wijziging van art. 1183, *sub* 4° Ger.W. impliceert), is de bedoelde mogelijkheid tot afwijking enkel bepaald in artikel 406 § 1, tweede lid B.W. zoals nader uitgewerkt in artikel 406 § 2, eerste lid B.W. (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 73).

414 Nu de wetgever zelf de principiële toepassing van de artikelen 1175-1184 Ger.W. vooropstelt, omvat de notariële boedelbeschrijving tevens de eedaflegging in de zin van artikel 1183, *sub* 11° Ger.W.

Zie omtrent het bevel tot eedaflegging onder verbeurte van een dwangsom: Vred. Maaseik 5 april 2000, *T. Not.* 2002, 683, noot F. DEBUCQUOY.

Dit is niet zo inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, c § 2 B.W.), hoewel ook daar de vrederechter wel een (notariële) boedelbeschrijving kan opleggen indien hij dit, gelet op de aard en de omvang van het vermogen, noodzakelijk acht (als bijkomende waarborg ten behoeve van de te beschermen persoon). Indien de vrederechter de notariële vorm oplegt, verliest die notariële boedelbeschrijving echter veel van haar effectiviteit, gelet op de onmogelijkheid om de eed op te dragen (aan hen die de zaken onder zich hebben gehouden). Artikel 192 G.W. schrijft immers voor dat geen eed kan worden opgelegd dan krachtens de wet. Deze grondwetsbepaling impliceert mede dat niemand kan verplicht worden de eed af te leggen ter afsluiting van een niet (aldus) wettelijk bepaalde boedelbeschrijving.

Zie hierover: H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken – Wetten van 1990-1991*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, p. 123, nr. 19; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, "Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen", in P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 190, nr. 385; Th. VAN SINAY en J. VERSTAPPEN, *a.w.*, p. 27, nr. 41.

415 Veeleer dan te vermijden dat er goederen zouden verdwijnen, beoogt de boedelbeschrijving (*sensu lato*), als nuttige aanvangsmaatregel voor het beheer van andermans vermogen, een zo correct mogelijke vaststelling van de omvang, de samenstelling en de waarde van de te beheren goederen (Th. VAN SINAY, "Art. 1175 Ger.W.", in P. DEPUYDT, J. LAENENS, D. LINDEMANS en S. RAES (reds.), *Comm. Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1996, p. 4-5, nr. 5). De betrokken partijen dienen alle nodige of nuttige verklaringen te doen die kunnen bijdragen tot de juistheid van de beschrijving.

416 Anders dan de klassieke inventaris (Th. VAN SINAY en J. VERSTAPPEN, *a.w.*, p. 102, nr. 227), betreft het (behoudens een beschrijving en waardering van de roerende goederen) bovendien een boedelbeschrijving met een bijhorende staat en waardeschatting van de gebeurlijk voorhanden zijnde onroerende goederen (art. 406 § 1, eerste lid B.W.).

Zie: Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 337, nr. 757; D. PATART, *t.a.p.*, p. 464-465, nr. 6; Th. VAN SINAY en J. VERSTAPPEN, *Boedelbeschrijvingen inzake familiaal vermogensrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 2-36, nrs. 1-40; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, p. 1494, nr. 106.

Vgl.: H. CASMAN, "Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle", in *Verslagboek studiedag inzake voogdij ULB-VUB*, Brussel, 2001, 6, met verwijzing naar artikel 600 B.W.

§ 4. Summiere boedelbeschrijving

417 Luidens artikel 1175 Ger.W. strekt de boedelbeschrijving ertoe “de omvang van de nalatenschap, van de gemeenschap of van de onverdeeldheid vast te stellen. Zij bevat met name de beschrijving en de schatting van de roerende goederen, de ontleding van de titels en papieren, de opgave van de verklaringen door de belanghebbenden gedaan ten laste of ten bate van de boedel”. Waar de onderhandse akte *qua* vorm verschilt van de notariële boedelbeschrijving (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 27), is dit niet noodzakelijk het geval wat de inhoud betreft. Te dezen voorziet artikel 406 § 2, eerste lid B.W. in een optie voor de vrederechter. Hij kan in een met redenen omklede beschikking uitmaken of een boedelbeschrijving moet worden opgesteld waarin een gedetailleerde lijst en een schatting (van de roerende goederen) zijn opgenomen, dan wel of daarentegen een algemene beschrijving en schatting van de waarde van de roerende goederen voldoende zijn (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/006, p. 5; zie ook: *Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 45-46).

Ongeacht of het een notariële dan wel onderhandse inventaris betreft, kan aldus een algemene beschrijving en schatting of een zogeheten “summiere” boedelbeschrijving volstaan.

Zie ook: H. CASMAN, “Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, 6.

Vgl.: D. PATART, *t.a.p.*, p. 466-469, nrs. 9-14, die op uitgebreide wijze argumenteert (op grond van de parlementaire voorbereiding) dat de krachtens artikel 406 § 2, eerste lid B.W. mogelijke summiere boedelbeschrijving enkel de notariële boedelbeschrijving betreft. Dit neemt niet weg dat ook de onderhandse inventaris summier kan zijn, zij het dan als de vrederechter zulks bepaalt in het licht van artikel 406 § 1, tweede lid B.W.

Anders: Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 338, nr. 759, die van mening is dat een summiere boedelbeschrijving slechts geoorloofd is in het raam van een onderhandse inventaris: voor de notariële inventaris is de notaris gebonden door de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek (zie in diezelfde zin, blijkbaar: C. CAPITAINE, “Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale”, in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 156).

Zo het een onderhandse inventaris betreft, maakt hetzij de voogd zelf, hetzij een deskundige-schatteur een aan de vrederechter voor te leggen “schatting op eer” van de roerende goederen. Zo het een notariële inventaris betreft, impliceert dit een door de vrederechter toe te stane afwijking van artikel 1183, *sub* 4° Ger.W. Het is de bedoeling de kosten voor de partijen te beperken, vooral als het om een bescheiden vermogen gaat.

Zie: *Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/006, p. 6: het voorstel dat, indien de minderjarige goederen in eigendom of anderszins bezit waarvan vermoed kan worden dat de verkoopwaarde 2.478,94 EUR te boven gaat, de vrederechter een deskundige-schatteur zou aanstellen (wiens schatting wordt voorgelegd aan de vrederechter), wordt verworpen nu het de centrale bedoeling om de voogdijregeling te vereenvoudigen en minder kostelijk te maken, dreigt voorbij te schieten (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 45-46).

§ 5. Aanwezigheid van de toeziende voogd

418 In de regel is de voogd zelf aanwezig bij de boedelbeschrijving. Hij is het tenslotte die de notaris gelast bij de notariële boedelbeschrijving en bij de onderhandse boedelbeschrijving is zijn aanwezigheid zeker aangewezen. Enkel wanneer de voogd nalatig is en uiteindelijk de vrederechter een notaris aanwijst om de boedelbeschrijving op te maken (art. 406 § 1, vierde lid B.W.), zou de boedelbeschrijving uitzonderlijk in afwezigheid van de voogd kunnen plaatsgrijpen (D. PATART, *t.a.p.*, p. 470, nr. 17).

419 De bedoelde beschrijving geschiedt, ongeacht haar vorm, hoe dan ook in aanwezigheid van de toeziende voogd (art. 406 § 2, tweede lid B.W.). Te dezen preciseert ook artikel 1181, eerste lid Ger.W. dat in alle gevallen waarin met betrekking tot de voogdij een boedelbeschrijving wordt opgemaakt, dit in aanwezigheid van de toeziende voogd geschiedt. Anders dan in het oude artikel 1181, eerste lid Ger.W., legt de wetgever de aanwezigheid van de toeziende voogd nu niet meer uitsluitend op bij het ontstaan van de voogdij, maar ook bij gebeurlijk in de loop van de voogdij te redigeren vermogensbeschrijvingen (D. PATART, *t.a.p.*, p. 470-471, nr. 18; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1496, nr. 108).

Indien de toeziende voogd vaststelt dat de voogd zou nalaten een boedelbeschrijving op te maken, moet hij de vrederechter daarvan onverwijld op de hoogte brengen (art. 403, eerste lid B.W.).

420 In het licht van de algemene optiek om de minderjarige pupil, indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, bij het beheer van zijn vermogen te betrekken (art. 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W.), is het aangewezen ook hem uit te nodigen om bij het opmaken van de bedoelde beschrijving aanwezig te zijn (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 4-5).

Zie: H. CASMAN, "Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, 7; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 29, nr. 20; D. PATART, *t.a.p.*, p. 471, nr. 19; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, p. 25, nr. 28; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1498, nr. 110. Vgl.: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 12, nr. 60.

421 Na de afsluiting wordt de beschrijving in het procesdossier neergelegd (art. 406 § 2, derde lid B.W.).

Mede in het licht van de artikelen 413, eerste lid en 415, eerste lid B.W., lijkt het ook handig om zowel aan de toeziende voogd als aan de minderjarige pupil, (zeker) indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, een exemplaar (in kopie) te overhandigen (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 25, nr. 28).

§ 6. Vraag over de schulden van de pupil

422 Verder bepaalt artikel 406 § 2, vierde lid B.W. dat, indien de voogd schuldeiser is van de pupil, hij dit op straffe van verval aan de vrederechter moet meedelen in antwoord op de vraag die laatstgenoemde hem moet stellen. Deze bepaling staat los van de boedelbeschrijving (D. PATART, *t.a.p.*, p. 469, nr. 15).

423 Indien de vrederechter, in het licht van het voormelde artikel 406 § 1, tweede lid B.W., in een met redenen omklede beschikking een onderhandse beschrijving toelaat, moet hij derhalve de voogd verzoeken hem binnen een te bepalen termijn mee te delen of, en zo ja te welken titel en bedrage, de pupil schuldenaar is van de voogd. Bij gebrek aan een dergelijke verklaring vervalt de schuldvordering aan de zijde van de voogd. De verklaring wordt opgetekend in een (in het voogdij dossier te voegen) proces-verbaal.

Indien evenwel een notariële inventaris wordt opgesteld, preciseert, overeenkomstig artikel 1181, tweede lid Ger.W., de aanhef van de boedelbeschrijving wat de voogd heeft geantwoord op de vraag van de notaris of de pupil hem iets schuldig is.

Deze bepaling geldt voor elke notariële boedelbeschrijving, en dus niet enkel voor deze vereist bij het ontstaan van de voogdij (D. PATART, *t.a.p.*, p. 469-470, nr. 16). Wanneer bv. de minderjarige wees, in de loop van de voogdij, erft van een grootouder en deze nalatenschap wordt aanvaardt (zoals verplicht) onder voorrecht van boedelbeschrijving, dan maakt de aanhef van die boedelbeschrijving melding van wat de voogd heeft geantwoord op de vraag van de notaris of de minderjarige hem iets schuldig is.

In voormelde optiek bepaalde ook het oude artikel 451, tweede lid B.W. dat, indien de pupil iets verschuldigd is aan de voogd, deze dit, op straffe van verval van zijn recht, in de boedelbeschrijving moet opgeven, op een vraag die de openbare ambtenaar verplicht is te dien einde tot hem te richten en waarvan in het proces-verbaal melding wordt gemaakt.

Voor de goede orde (en gelet op voormelde zware sanctie van verval) moeten de vrederechter en de voogd zich, ook wanneer reeds een notariële inventaris voorhanden is, eens te meer richten naar het in artikel 406 § 2, vierde lid B.W. (op een al te ongenuanceerde wijze) bepaalde.

Zie: H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *Not. Fisc. M.* 2001, 229-230; H. CASMAN, "Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, 7; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 30, nr. 20; Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 338-339, nr. 761; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 12, nr. 61; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1496-1497, nr. 109.

In voorkomend geval wordt de bedoelde vraag tweemaal gesteld: én door de notaris én door de vrederechter. Het antwoord wordt in twee (afzonderlijke) akten opgenomen.

§ 7. Termijn

424 Anders dan het oude artikel 451, eerste lid B.W., dat te dezen een termijn van tien dagen vooropstelde, bepaalt artikel 406 § 1, eerste lid B.W. dat de voogd, vanaf de kennisgeving van zijn benoeming, één maand de tijd heeft om tot voormelde beschrijving over te gaan, dan wel te doen overgaan. Reeds in 1883 stelde F. LAURENT deze gelet op de praktijk gestelde aanpassing voor in zijn *Avant-Projet de Révision du Code Civil*, een (globaal) voorstel tot hervorming van het Burgerlijk Wetboek.

Zie terzake: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 21-23.

Indien de omstandigheden dit vereisen, inzonderheid zo een notariële beschrijving moet gebeuren, kan de voogd de vrederechter verzoeken om voormelde termijn van een maand te verlengen tot maximaal zes maanden (art. 406 § 1, derde lid B.W.).

Vgl.: J. GERLO, *Handboek voor familierecht 1 – Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2000, p. 310, nr. 802, die van een verlenging met maximum zes maanden gewag maakt.

De vrederechter oordeelt terzake in een met redenen omklede beschikking, waarin hij, in voorkomend geval, de bedoelde uitzonderlijke omstandigheden vermeldt. In de praktijk blijkt de bedoelde verlenging een quasi-automatisme te zijn: de reden is vaak dat men het optierecht moet uitoefenen na de vrederechterlijke machtiging te hebben bekomen (art. 410 § 1, *sub* 5° B.W.; C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 155: “En pratique, le simple fait qu’il faille exercer l’option successorale et déposer une requête en autorisation soit d’accepter sous bénéfice d’inventaire la succession du parent défunt a pour conséquence une prorogation qui n’a rien d’exceptionnel, mais est quasi-automatique.”).

Zoals voormeld, zij wel duidelijk dat, hoewel de voogdij meestal ontstaat ingevolge een overlijden en dit van hetzij (hoewel het eerder uitzonderlijk is) beide ouders, hetzij van de langstlevende dan wel van de enige ouder (art. 389, eerste lid B.W.) en dit overlijden gepaard gaat met het opvallen van een nalatenschap waarvan de aanvaarding (krachtens art. 410 § 1, *sub* 5° B.W.) enkel onder voorrecht van boedelbeschrijving kan gebeuren, het (door de voogd) te beheren vermogen natuurlijk meer kan omvatten dan de goederen die tot de bedoelde nalatenschap (waarvan het opvallen tot inrichting van de voogdij noopt) behoren. Voor de goederen die de pupil reeds vóórdien bezat, moet ook tot inventarisatie worden overgegaan.

Zie verder ook: D. PATART, *t.a.p.*, p. 464, nr. 5: “On aura plutôt tendance à considérer, dans la mesure où la rédaction d’un inventaire notarié est la règle et non l’exception, que le simple fait d’avoir recours à un acte authentique ne constitue pas une circonstance exceptionnelle justifiant une prorogation des délais. Il reviendra au notaires de faire diligence pour boucler leurs inventaires dans les délais impartis par la loi”.

Het kan natuurlijk ook dat de vrederechter reeds bij wijze van voorlopige maatregel in de zin van artikel 391 B.W. de redactie van een vermogensbeschrijving heeft bevolen (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 114, nr. 280, e).

§ 8. Sanctie

425 In een eerdere versie bepaalde het voorgestelde artikel 406 B.W. in een § 3 dat, bij gebrek aan beschrijving van het te beheren vermogen, de pupil

gemachtigd is de omvang en de waarde van zijn goederen te bewijzen met alle middelen rechtens, zelfs met de algemene bekendheid (eerste lid), en verder, in de lijn van het oude artikel 451, derde lid B.W., dat de toeziende voogd die de voogd niet heeft verplicht de bedoelde beschrijving te verzorgen, met hem hoofdelijk aansprakelijk is voor alle veroordelingen die ten voordele van de pupil worden uitgesproken (tweede lid) (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/013, p. 12-13*).

Zie hierover: M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1497-1498, nr. 110.

Onder impuls van de Senaat is voormelde § 3 komen te vervallen en bepaalt artikel 406 § 1, vierde en vijfde lid B.W. een meer concrete regeling, waarbij de bal nu in het kamp van de vrederechter ligt (*Parl. St. Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 9-10 en p. 35-36*).

Indien immers, binnen voormelde termijn van (in de regel) één maand (te uitzonderlijken titel verlengd tot maximaal zes maanden) geen beschrijving van het te beheren vermogen is geschied, wijst de vrederechter zelf een notaris aan die zal instaan voor de boedelbeschrijving. De kosten dienaangaande komen ten laste van de voogd, terwijl de toeziende voogd (blijkbaar) vrijuit gaat.

Zie ook: D. PATART, *t.a.p.*, p. 471-473, nrs. 20-22.

426 Een en ander maakt dat voortaan in elk procesdossier een beschrijving van het te beheren vermogen voorhanden is. In de loop van de daaropvolgende maand zal de vrederechter op deze vermogensbeschrijving en de erin vervatte waardering steunen om de nodige (basis)beschikkingen te nemen, onder meer in verband met de ter beschikking te stellen dan wel te beleggen sommen en in verband met de door de voogd te verschaffen waarborgen (art. 407 B.W.).

§ 9. Geen verplichting meer tot verkoop van de roerende goederen

427 Krachtens het oude artikel 452 B.W. moest de voogd binnen een maand na het sluiten van de boedelbeschrijving, in tegenwoordigheid van de toeziende voogd, alle roerende goederen openbaar verkopen, behalve de goederen die de familieraad hem had toegestaan *in natura* te behouden. Men achtte het niet raadzaam dat de voogd, gebeurlijk gedurende een lange periode, “onproductieve” (hoewel dure) goederen van zijn pupil zou (doen) bewaren (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1237, nr. 1341). Zodoende aanvaarde men dat de verplichting geen betrekking had op onlichamelijke goederen, maar enkel op (waardevolle) lichamelijke roerende goederen, zoals bijvoorbeeld juwelen, collecties en bibliotheken.

Deze verplichting komt thans niet meer in de wet voor (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1498, nr. 111).

HOOFDSTUK II BASISBESCHIKKINGEN

§ 1. Steeds herzienbare basisbeschikkingen ter omkadering van het vermogensbeheer

428 Eens de in artikel 406 B.W. bedoelde beschrijving van het te beheren vermogen bij het procesdossier is gevoegd, heeft de vrederechter (in de regel) één maand de tijd om het bedoelde vermogen te evalueren (art. 407 § 1, eerste lid B.W.). Nadat de vrederechter het vermogen van de pupil heeft onderzocht, neemt hij een aantal met redenen te omkleden basisbeschikkingen ter bescherming van diens belangen. Deze basisbeschikkingen kunnen uiteraard binnen éénzelfde formele uitspraak kaderen (wat in de praktijk het geval is). Vooraf raadpleegt hij de voogd, de toeziende voogd en, in voorkomend geval, de minderjarige indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

429 Gelet op de al dan niet gewijzigde omstandigheden, die tot een herziening van de bedoelde basisbeschikkingen nopen, kan de vrederechter een en ander aanpassen, dan wel wijzigen (art. 407 § 2 B.W.).

Het verzoek hiertoe kan uitgaan van de voogd, van de toeziende voogd, van de procureur des Konings, maar ook van enige belanghebbende, bijvoorbeeld een familielid. De vrederechter kan ook ambtshalve optreden, waarbij hij over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikt.

Zie ook: E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 2000, p. 26, nr. 29.

Het zij duidelijk dat een dergelijke herziening mogelijk is, ook al zijn de concrete omstandigheden van de voogdij (*in se*) ongewijzigd gebleven. Het volstaat dat de in voege zijnde werking van de concrete voogdij leert dat een herziening van (één of meerdere, gebeurlijk alle) basisbeschikkingen aangegeven voorkomt.

Zie bv.: Cass. 19 maart 1874, *Pas.* 1874, I, 92.

Eens te meer raadpleegt de vrederechter de voogd, de toeziende voogd en, in voorkomend geval, de minderjarige indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

§ 2. Bepaling van de jaarlijkse onderhouds- en opvoedingskosten en van de jaarlijkse beheerskosten

430 Krachtens het oude artikel 454, eerste lid B.W. bepaalde de familieraad, bij het begin van een “volledige” voogdij, bij raming en naar belangrijkheid van de beheerde goederen, het hoogste bedrag dat jaarlijks, uit de inkomsten van de pupil, aan de uitgaven te zijnen behoefte en aan de kosten van het beheer van zijn goederen mocht worden besteed (A. KLUYSKENS, *Beginselen*

van burgerlijk recht, VII, *Personen- en familierecht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 651-652, nr. 725). In de praktijk bleek deze bepaling slechts in een minderheid van de gevallen te worden toegepast. Niettemin vormde zij de wettelijke basis om de familieraad als titularis van het gezag over de persoon van de pupil te aanzien.

Zie: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 67; H. NUYTINCK, “De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk”, *T.P.R.* 1979, p. 58, nr. 42; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 459, nr. 1273.

Nu de wetgever ernaar streeft meer aandacht te besteden aan de persoon van de pupil, inzonderheid aan diens (levens)onderhoud, opvoeding en opleiding, acht hij het opportuun voormelde regel te handhaven.

Krachtens artikel 407 § 1, *sub* 1° en 2° B.W. stelt thans de vrederechter het bedrag vast waarover de voogd jaarlijks beschikt voor “het onderhoud en de opvoeding” van de pupil, zo ook het bedrag waarover de voogd jaarlijks beschikt voor het beheer van diens vermogen. De bedoelde vaststelling geschiedt nog steeds bij raming en gelet op de omvang, de samenstelling en de waarde van het te beheren vermogen. Niets staat de vrederechter in de weg om de beschikbare bedragen te fixeren voor kortere tijdspannen, bijvoorbeeld per maand (M. GRÉGOIRE, “La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d’autorité parentale et de tutelle”, *Rev. not. b.* 2002, p. 154, nr. 29).

Waar artikel 407 § 1, *sub* 1° B.W. de persoon van de pupil betreft (bv.: Luik 31 maart 1971, *J.T.* 1971, 328), omvat artikel 407 § 1, *sub* 2° B.W. de aanvaardbare (beheers)kosten van diens vermogen. Zoals gezegd, wordt de vijftienjarige pupil betrokken. Voor zover de bedoelde fixatie de persoon van de pupil betreft (art. 407 § 1, *sub* 1° B.W.), is dit nochtans weinig coherent met artikel 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W. Luidens deze laatste bepaling roept de rechter de minderjarige op om hem te horen, “zulks indien hij twaalf jaar oud is in procedures die zijn persoon aanbelangen”. Nu de in artikel 407 § 1, *sub* 1° B.W. bedoelde beslissing (on)rechtstreeks verband houdt met de persoon van de pupil, ware het dus meer coherent geweest te bepalen dat de vrederechter de twaalfjarige pupil moet horen (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1499, nr. 113).

De voogd heeft nadrukkelijk belang bij voormelde fixatie, nu de binnen de aldus door de vrederechter uitgetekende grenzen verrichte uitgaven (nagenoeg) zonder meer een opportuun karakter vertonen. De bedoelde fixatie dekt in zekere mate zijn aansprakelijkheid.

Zie ook: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 154, nr. 29.

Vgl.: F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 30, nr. 62, voetnoot 188.

Bovendien vereenvoudigt een en ander de controle aan de zijde van de toeziende voogd en de vrederechter (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 26, nr. 29).

§ 3. Precisering van de verplichting tot belegging van het inkomstensaldo

431 Krachtens het oude artikel 455 B.W. stelde de familieraad, onder impuls van de voogd, vast vanaf welk bedrag voor de voogd (behoudens inzake een gedeeltelijke voogdij; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 652-653, nr. 726) de verplichting begon om het saldo van de inkomsten (dit zijn de netto-inkomsten) boven de uitgaven te beleggen. Die belegging diende te geschieden binnen zes maanden, na verloop waarvan de voogd, bij gebreke van belegging, interest verschuldigd was. Krachtens het oude artikel 456 B.W. was de voogd, indien hij de familieraad niet had doen vaststellen vanaf welk bedrag de beleggingsverplichting gold, na verloop van zes maanden, hoe dan ook interest verschuldigd op elk niet-belegd bedrag, hoe gering ook.

In diezelfde optiek bepaalt de vrederechter thans, krachtens artikel 407 § 1, *sub* 3° B.W., vanaf welk bedrag voor de voogd de verplichting begint om het saldo van de inkomsten boven de uitgaven te beleggen en de termijn na verloop waarvan de voogd, bij gebrek aan belegging, van rechtswege rekening en verantwoording verschuldigd is voor de interest (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1500-1501, nr. 113). Deze basisbeschikking is in wezen gelinkt met de besproken basisbeschikkingen in de zin van artikel 407 § 1, *sub* 1° en 2° B.W. (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 44-45, nr. 53). Naar luid van een eerste versie van artikel 407 § 1, *sub* 3° B.W. diende de vrederechter het bedrag te bepalen waarboven de voogd de verplichting heeft het overschot van de inkomsten op de uitgaven te “gebruiken”, evenals de termijn na verloop waarvan de voogd, indien hij dit bedrag niet “gebruikt”, van rechtswege verantwoordelijk is voor de interesten. Waar voormelde term “gebruiken” de voogd een ruimere waaier aan mogelijkheden leek te bieden dan de in het oude artikel 455 B.W. opgelegde verplichting tot belegging (de voogd kan, gebeurlijk mits voorafgaande machtiging van de vrederechter krachtens art. 410 § 1 B.W., bv. een *extra*-uitgave ten behoeve van de pupil verrichten), is de wetgever hierop (in laatste instantie) teruggekomen (in de lijn van het oude art. 455 B.W.) (*Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/020, p. 11-12 en *Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/021, p. 15).

Wat de bedoelde termijn betreft, na verloop waarvan de voogd (bij gebrek aan belegging) rekening en verantwoording verschuldigd is, kan de in het oude artikel 455 B.W. bepaalde termijn van “zes maanden” als richtinggevende maximumtermijn gelden (K. BOONE en S. LEFEBVRE, “Beheer van de effectenportefeuille van een minderjarige”, *T. Fin. R.* 2003, p. 543, nr. 52). Indien de voogd de termijn niet respecteert, is hij gehouden de pupil hiervoor te vergoeden. De aldus verschuldigde vergoeding neemt de vorm aan van interesten op de ontvangen (doch niet-tijdig belegde) inkomsten, gebeurlijk eens te meer interesten. Ook in dit laatste geval zijn (per hypothese) twee verschillende personen op twee verschillende rechtsgronden gehouden tot betaling van twee vormen van interest. Men kan dan ook bezwaarlijk voorhouden dat te dezen (een bij wijze van wettelijke uitzondering toegelaten) “anato-

cisme” (rentewoeker) aan de orde is (K. BYTTEBIER, “Anatocisme”, *T.Vred.* 1995, p. 103-104, nr. 17).

Zie nochtans: A. DE SCHOUTHEETE en C. VERBRAEKEN, “L’anatocisme”, *J.T.* 1989, p. 103, nr. 5, b; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, V, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 34-35, nr. 29.

In artikel 409 § 1 B.W. vervolgt de wetgever dat het saldo van de inkomsten, bedoeld in artikel 407 § 1, *sub* 3° B.W., wordt belegd overeenkomstig de voorwaarden die de vrederechter vaststelt in de beschikking welke hij (overeenkomstig art. 407 B.W.) bij het ontstaan van de voogdij, dan wel in de loop van de voogdij neemt.

Het moge duidelijk zijn dat het zogeheten “saldo van de inkomsten boven de uitgaven” meer omvat dan enkel het saldo tussen de inkomsten enerzijds en de uitgaven anderzijds. In wezen gaat het, in voorkomend geval, ook om alle gelden die de pupil toevallen, uit welken hoofde ook, zo bijvoorbeeld (opeisbare) schuldvorderingen, de prijs bij verkoop van (on)roerende goederen en terugbetaalbare obligaties (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1264, nr. 1373; J. PETIT, *Interest*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, p. 74, nr. 75).

Er is in verband met de budgettering niet uitdrukkelijk voorzien in een vergoeding voor de voogd.

Zie: H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 30, nr. 21; M. VERRYCKEN, “Openvallen en organisatie van de voogdij”, in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 47-48, nrs. 124-127.

Hoewel een parallellisme met het voorlopig bewind niet opgaat, wordt aangenomen dat de vervulling van de voogdijopdrachten nu sneller aanleiding geeft tot vergoeding. Deze kan dan worden opgenomen in de voogdijrekening die de voogd jaarlijks moet neerleggen in het voogdij dossier en waarop de vrederechter toeziet. Wettelijk is hoe dan ook niet in een vergoeding voorzien. De kwestie van de mogelijke bezoldiging wordt bewust open gelaten: “Men zal er vermoedelijk mee te maken krijgen als het om een vrijwillige voogdij gaat en met name wanneer men iemand buiten de familie moet kiezen. De kwestie lijkt beter te kunnen worden geregeld door zich op de wijsheid van de vrederechters te verlaten dan in de wet. Aldus zal beter rekening kunnen worden gehouden met de verschillende factoren die eigen zijn aan iedere specifieke toestand.” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 8).

Zie ook: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 230.

§ 4. Bepaling van de centrale (bank)instelling

432 In het licht van de vaste praktijk waarbij de ten behoeve van de pupil verrichte beleggingen geschieden in het raam van een effectenrekening dan wel een spaarboekje met voorbehouden kapitaal op naam van de pupil, be-

paalt de vrederechter verder, krachtens artikel 407 § 1, *sub* 4° B.W., de door de Commissie van Bank- en Financieuzen erkende instelling waar de rekeningen worden geopend waarop de kapitaalstortingen plaatsvinden en de effecten alsmede de waardepapieren van de pupil worden gedeponeerd.

In de praktijk pleegt de vrederechter even overleg met de voogd: samen kiezen zij de bedoelde instelling, gebeurlijk deze waarmee de voogd (het meest) vertrouwd is (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1501, nr. 113).

§ 5. Bepaling van de beleggingsvoorwaarden

433 Artikel 408, eerste lid B.W. vervolgt dat de effecten aan toonder, alsook andere waardepapieren die aan de pupil toebehoren of die hem in de loop van de voogdij toekomen, op die rekening worden gedeponeerd. In het licht van de artikelen 407 § 1, *sub* 3° *juncto* 409 § 1 B.W. kan de vrederechter evenwel andere (beleggings)voorwaarden bepalen.

De bepaling van de “beleggingsvoorwaarden” doelt vooral op de bepaling enerzijds hoe (weinig) speculatief het beheer moet zijn en anderzijds of het beheer eerder op vermogensaan groei dan wel op rente-opbrengst moet zijn gericht (H. CASMAN, *t.a.p.*, 230).

In diezelfde optiek bepaalt de vrederechter, krachtens artikel 407 § 1, *sub* 5° B.W., de voorwaarden waaronder de gestorte kapitalen of de neergelegde titels en waarden kunnen worden “teruggenomen”.

434 Krachtens artikel 407 § 3 B.W. kan de vrederechter, onder de door hem bepaalde voorwaarden (criteria van belegging), de bedoelde instelling de opdracht toevertrouwen om de bij haar gedeponeerde effecten en andere waardepapieren, evenals het aan de pupil toebehorende kapitaal te beheren.

Artikel 407 B.W. geldt, ondanks de krachtens artikel 378 § 1, eerste lid B.W. bewerkstelligde extrapolatie van artikel 410 (§ 1, *sub* 1°) B.W. naar het ouderlijk gezag, niet voor de ouders, zodat voor hen van een principiële beleggingsvrijheid kan worden uitgegaan.

Voor het beheer van gedeponeerde kapitalen, effecten en waardepapieren zijn “in bancaire termen” verschillende benaderingen mogelijk: meestal zal het om informatie, toelichting dan wel adviesverlening gaan. Wat de uitvoering, en meer bepaald de effectieve opdracht tot aankoop of verkoop, betreft, wordt, in de meeste gevallen, de beslissing steeds genomen door de titularis van de rekening dan wel door zijn wettelijke vertegenwoordiger, *in casu* door de voogd dus.

Hierbij kan worden gepreciseerd dat:

- de vrederechter kan bepalen dat de vermogensbeheerder verslagen moet bezorgen aan de voogd, aan de toeziende voogd en/of aan hemzelf;

- wanneer de vrederechter bepaalde activa van de pupil aan een vermogensbeheerder toevertrouwt, de voogd “in de mate van de overdracht” niet verantwoordelijk is voor dat beheer;
- de vermogensbeheerder in voorkomend geval kan overgaan tot aankopen en verkopen zonder de bijzondere machtiging van de vrederechter te moeten vragen, mede gelet op artikel 410 § 1, 1^o *in fine* B.W.: “Is het vermogen toevertrouwd aan een vermogensbeheerder, dan kan die beheerder vrij kopen en verkopen. Om het vermogen dynamisch te kunnen beheren, moet hij immers kunnen handelen als de gelegenheid zich voordoet, zonder dat hij iedere keer een machtiging moet vragen. Dit zou immers niet in het belang van de pupil zijn.” (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 41-42).

Zie ook: K. BOONE en S. LEFEBVRE, *t.a.p.*, p. 545-546, nrs. 60-62; C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 394, nr. 87.

De wet bepaalt de voorwaarden voor dit beheer niet. In tegenstelling tot wat geldt voor de voogd wordt niet uitdrukkelijk bepaald dat de gelden dienen te worden beheerd zoals door een goede huisvader, noch dat de instelling verantwoordelijk is voor de schade die zou kunnen voortvloeien uit een slecht beheer. De instelling krijgt instructies van de vrederechter die de voorwaarden van het beheer bepaalt (art. 407 § 3 B.W.).

Men kan aannemen dat het doel van het beheer er steeds dient in te bestaan dat het kapitaal in stand wordt gehouden en minstens een normale opbrengst genereert. De vrederechter zal dan wellicht in de beheersopdracht de risicovolle beleggingen uitsluiten. Het zal in ieder geval noodzakelijk zijn dat de vrederechter de beheersopdracht zo nauwgezet mogelijk omschrijft, zodat de financiële instelling precies weet wat kan en wat niet kan.

De vrederechter dient aldus te verduidelijken enerzijds hoe weinig speculatief het beheer moet zijn, anderzijds of het beheer eerder op een vermogensaan groei dan wel op een renteopbrengst moet zijn gericht. Het tegenovergestelde geval zou tot gevolg kunnen hebben dat de instelling geen enkel risico wenst te nemen uit vrees aansprakelijk te worden gesteld voor haar beheer en dat op die manier het beoogde dynamische en professionele beheer niet wordt bereikt (M. GREGOIRE, “La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d’autorité parentale et de tutelle”, *Rev. not. b.* 2002, p. 155, nr. 30).

Het is aan te raden dat de vrederechter, alvorens dergelijke vermogensbeheerder aan te wijzen, even overleg pleegt met de voogd: “Het is misschien geen goede zaak dat de rechter zelf ambtshalve beslist om de activa van de pupil aan een of andere beheerder toe te vertrouwen. De banken hebben de neiging om te investeren in producten die hen interesseren maar die niet noodzakelijk in het belang zijn van de persoon die er zijn geld heeft geplaatst. De vrederechter kan dat moeilijk van nabij volgen.” (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 39).

Zie ook: M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1501-1502, nr. 113.

Vgl.: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 31, nr. 21, voetnoot 76.

Eens te meer is voorzichtigheid de boodschap (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 154-156, nr. 30).

Bepaalde vrederechters staan hoe dan ook zeer sceptisch tegenover de in artikel 407 § 3 B.W. bepaalde mogelijkheid; aldus bv. de Vrederechter te Herstal: “Cette possibilité ne peut, à mon sens, être utilisée qu’avec une prudence extrême, et en fixant, si l’on y recourt, des garde-fous sérieux. En effet la banque, organisme commercial, aura essentiellement à vue son propre intérêt

plutôt que celui du mineur, et il convient évidemment d'éviter la tentation dans son chef de procéder à une gestion agressive, qui peut s'avérer dangereuse. D'autre part, l'organisme bancaire n'aura pas les mêmes obligations de dépôt de comptes que le tuteur. Pour ma part, je n'ai jamais utilisé cette voie, dont vous aurez compris que je méfie." (C. CAPITAINE en S. THIELEN, "La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi 'réparatrice' du 13 février 2003: aspects pratiques", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 109-110).

435 Evenals onder het oude recht (de oude art. 49 *juncto* 55-60 Hyp.W.), lijkt het aangewezen de bedoelde voorwaarden aan de zijde van de voogd aan meer strikte voorwaarden te onderwerpen naarmate de door hem verstrekte waarborgen meer beperkt zijn.

Zie in diezelfde zin: K. BOONE en S. LEFEBVRE, *t.a.p.*, p. 544, nr. 53.

Terwijl de voogd die, in het licht van het oude artikel 49, eerste en tweede lid Hyp.W., een voldoende hypothecaire waarborg bood of geen hypothecaire waarborg moest bieden, beleggingen deed op de wijze die hij verkoos (althans inzake kapitalen waarvan de beschikbaarheid duidelijk voorzienbaar was, inzonderheid de te vervallen beleggingen, dan wel het deel van de inkomsten dat in voorkomend geval de uitgaven overtrof (vgl.: art. 409 § 2 B.W.)), kon de familieraad (overeenkomstig de oude art. 55-58 Hyp.W.) de voogd die geen of onvoldoende (hypothecaire) waarborgen bood, gebieden de gelden te deponeren bij de Deposito- en Consignatiekas. De familieraad moest zulks echter niet bevelen. Krachtens het oude artikel 57 Hyp.W. mocht de voogd de kapitalen van de pupil die ten gevolge van een beslissing van de familieraad voorlopig in de Deposito- en Consignatiekas waren gestort, slechts terugnemen teneinde die overeenkomstig de beslissing van de familieraad te gebruiken, hetzij om de schulden van de pupil te voldoen, hetzij om onroerende goederen of renten ten laste van de staat aan te kopen, hetzij om leningen met onroerend voorrecht of op eerste hypotheek toe te staan. Deze beperking van keuze van beleggingsvorm gold slechts mits vervulling van twee voorwaarden, met name wanneer de voogd geen of onvoldoende hypothecaire waarborgen bood en wanneer de familieraad diens gevolg had bevolen dat de kapitalen voorlopig in de Deposito- en Consignatiekas moesten worden gestort. Wanneer de familieraad deze storting niet had bevolen, gold eens te meer de vrije keuze van belegging(svorm). Een belegging bij openbare spaarinstellingen met de daaruit voortvloeiende mogelijkheid van toezicht voor de vrederechter, was geenszins verplicht. De kapitalen mochten worden ingebracht in vennootschappen, belegd worden in familie zaken, in obligaties en ook in aandelen. De beleggingen moesten wel zeker lijken en ernstige waarborgen bieden. Mocht de voogd hierbij het zoals een goede huisvader waar te nemen beheer (oud art. 450, tweede lid B.W.) te buiten gaan, rees zijn aansprakelijkheid, zij het dat hij vrijuit ging indien de (*a posteriori* verkeerdelijk gebleken) belegging op het ogenblik van de plaatsing behoorlijk leek.

Deze bepalingen werden hoe dan ook nagenoeg nergens aldus toegepast, of althans veel te weinig (C. DAUBANTON, "L'inscription hypothécaire tutélaire", *T.Vred.* 1987, 203-204; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 68; P. SENAËVE, *a.w.*, p. 463, nr. 1291). Zoals vermeld, werd in de praktijk veelal een spaarboekje met voorbehouden kapitaal op naam van de pupil geopend, waarop de bedoelde gelden werden gestort, wat impliceerde dat zij alleen nog met instemming van de vrederechter konden worden afgehaald (met alle nadelen vandien; C. DAUBANTON, *t.a.p.*, p. 196-197, nrs. 5-7).

De voogd die voldoende waarborgen verstrekt, moet meer ruimte krijgen om te beleggen op de wijze die hij verkiest.

Zie: G. BAETEMAN en J. GERLO, "Overzicht van rechtspraak (1975-1980): Personen- en Familierecht", *T.P.R.* 1981, p. 941-942, nr. 247; R. GOTZEN, "Zijn de beleggingswijzen van kapitalen die aan minderjarigen toebehoren al dan niet door de wet beperkt?", noot onder Rb. Ieper 17

november 1976, *R.W.* 1977-78, 589, nr. 4; P. MARCHAL, "Les incapables majeurs", in *Répertoire notarial*, I, *Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 123, nr. 78.

Voor de voogd die minder waarborgen verstrekt, geldt een meer beperkte keuze van beleggingsvorm (R. GOTZEN, *t.a.p.*, 589, nr. 4). Een belegging bij openbare spaarinstellingen met de daaruit voortvloeiende mogelijkheid van toezicht voor de vrederechter, is geenszins verplicht (Rb. Ieper 17 november 1976, *R.W.* 1977-78, 583, noot R. GOTZEN). De kapitalen mogen desnoods worden ingebracht in vennootschappen, belegd in familie zaken, in obligaties en ook in aandelen (G. BAETEMAN en J. GERLO, *t.a.p.*, p. 942, nr. 247). De beleggingen moeten wel zeker lijken en voldoende vertrouwen genieten.

Krachtens de (overigens nog steeds geldende) tekst van (art. 25 van) de Wet van 31 mei 1824, is het de voogd verboden de gelden van zijn pupil in buitenlandse waarden te beleggen (zie hierover: G. SOENEN, "Anomalie de la loi du 31 mai 1824 et placement en fonds étrangers", *J.T.* 1966, 90-91).

Mocht de voogd hierbij het beheer van een goede huisvader (oud art. 450, tweede lid B.W.) te buiten gaan, dan is hij aansprakelijk, zij het dat hij vrijuit gaat indien de (*a posteriori* ongelukkig gebleken) belegging op het ogenblik van de plaatsing behoorlijk leek (R. GOTZEN, *t.a.p.*, 588, nr. 3). Voorzichtigheid is hoe dan ook geboden.

§ 6. Bepaling van de door de voogd te verstrekken waarborgen

436 De oude regeling (de oude art. 47 en 49 e.v. Hyp.W.), waarbij de te verstrekken waarborg enkel uit het al dan niet nemen van een hypothecaire inschrijving bestond, was al te beperkt.

Zie terzake: C. DAUBANTON, "L'inscription hypothécaire tutélaire", *T.Vred.* 1987, 194-204. Zie voor een historisch overzicht ook: J. BYTTEBIER, "De wettelijke hypotheek volgens de nieuwe Voogdijwet", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 157-159, nrs. 3-5; Chr. ENGELS, "De wettelijke hypotheek van de minderjarigen en van de onbekwaamverklaarden", in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 351-352, nr. 785.

Krachtens de oude artikelen 47, eerste lid en 49, eerste lid Hyp.W. kon de familieraad, tot waarborg van zijn bestuur over de goederen van de pupil en met het oog op vergoeding van gebeurlijke (vermogens)schade aan de zijde van de pupil ten gevolge van fouten en tekortkomingen, de voogd verplichten om een (wettelijke) hypothecaire inschrijving te nemen op zijn onroerende goederen. In een met redenen omklede beslissing (oud art. 50, eerste lid Hyp.W.), stelde de familieraad het bedrag vast waarvoor de hypothecaire inschrijving moest worden genomen en wees hij de onroerende goederen aan waarop de inschrijving moest worden gevorderd, zulks gelet op (de aard van) het vermogen van de pupil, alsook gelet op "hetgeen zich in verband met de verantwoordelijkheid van de voogd kon voordoen" (oud art. 49, eerste lid Hyp.W.). In de meerderheid van de gevallen echter kon het verlenen van voormelde waarborg niet worden bevolen bij gebrek aan voldoende onroerende goederen (P. SENAËVE, *a.w.*, p. 459, nr. 1275). In die optiek vermeldde het bedoelde proces-verbaal van de familieraad veelal (standaardmatig) dat de hypothecaire inschrijving "bij ontstentenis van een aan de voogd toebehorend onroerend goed niet kon worden genomen" (Luik 12 juli 1870, *Pas.* 1871, II, 370; Rb. Brugge 19 mei 1884, *Pas.* 1885, III, 42; Rb. Dendermonde 22 juli 1893, *Pas.* 1894, III, 37; Rb. Brussel 20 maart 1970, *J.T.* 1970, 344; Rb. Brussel 2 september 1986, *Pas.* 1986, III, 106; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, p. 68). Maar ook wanneer de voogd eigenaar was van een (of meerdere) onroerend(e) goed(eren), werd niet altijd tot het nemen van de hypotheek besloten. Overeenkomstig het oude artikel 49, tweede lid Hyp.W. kon de familieraad immers, naargelang van de omstandigheden en onder voorbehoud van herroeping, verklaren (in een met redenen omklede beslissing, aldus art. 50, eerste lid Hyp.W.)

dat op de goederen van de voogd geen inschrijving moest worden genomen. Enkel wanneer het te beheren vermogen min of meer aanzienlijk was, werd (op aandringen van de vrederechter) een hypothecaire inschrijving bevolen (Rb. Brussel 20 maart 1970, *J.T.* 1970, 344). Een aanpassing in de loop van de voogdij was mogelijk (Rb. Brussel 20 maart 1970, *J.T.* 1970, 344).

Anders dan bij het voorlopig bewind (art. 488*bis*, c § 3, tweede lid B.W.), konden inzake de voogdij, volgens de tekst van de wet, geen andere waarborgen worden geëist (A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 653, nr. 727; P. SENAËVE, *a.w.*, p. 459, nr. 1276).

De praktijk wees echter anders uit (C. DAUBANTON, *t.a.p.*, 203-204).

Zie bv.: Rb. Brussel 7 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 128, waarbij het voorstel van de voogd om bij een bank een bedrag vast te leggen gelijk aan dat van de gelden die onder zijn beheer vallen, werd aangenomen; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDLEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1994, p. 2340, nr. 25.

437 Een dergelijk al te stringent systeem was niet langer werkbaar, wat terdege werd beseft (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 22-23). De oude regeling benadeelde hetzij de voogd (indien, ondanks een weinig omvangrijk vermogen van de pupil, toch een hypothecaire inschrijving op de goederen van de voogd werd genomen, wat zijn kredietwaardigheid fnuikte), hetzij de pupil (indien de voogd geen of onvoldoende voor hypotheek vatbare goederen bezat).

Zie onder meer: C. DAUBANTON, *t.a.p.*, p. 198-200, nrs. 8-12.

Aangezien in de praktijk weinig gebruik werd gemaakt van de bedoelde hypothecaire waarborg, verdiende het aanbeveling:

– enerzijds een bovenal soepel systeem te bewerkstelligen dat de pupil een doeltreffende waarborg zou bieden welke in verhouding zou staan tot de risico's die het beheer van zijn vermogen met zich brengt
en

– anderzijds te voorkomen dat de goederen van de voogd zouden worden bezwaard met nutteloze en buitensporige hypotheeken (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 23).

Op die wijze zou voormelde benadeling vervallen (J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, p. 160, nr. 10).

438 Aldus bepaalt de vrederechter thans, krachtens artikel 407 § 1, *sub* 6° B.W.:

– hetzij het bedrag waarvoor (rekening houdend met de aard en de omvang van het vermogen van de pupil) een hypothecaire inschrijving moet worden genomen op de goederen van de voogd en het onroerend goed of de onroerende goederen waarop de griffier (art. 52, eerste lid Hyp.W.) op kosten van de pupil de inschrijving doet nemen,

– hetzij de waarborgen welke de voogd die geen onroerend goed bezit dan wel de van een dergelijke hypothecaire inschrijving vrijgestelde voogd in voorkomend geval moet bieden.

De hypothecaire inschrijving wordt dus genomen op initiatief van de griffier en niet meer op initiatief van de voogd of de toeziende voogd zoals het oude artikel 52, eerste lid Hyp.W. bepaalde. De bedoeling is de pupil zoveel mogelijk garantie te bieden. De inschrijving is vereist om de wettelijke hypotheek tegenwerpbaar te maken ten aanzien van derden en om haar rang te bepalen.

Voor het nemen van de hypothecaire inschrijving moet de griffier (overeenkomstig art. 83 Hyp.W.) aan de hypotheekbewaarder van het kantoor waarbinnen de onroerende goederen zijn gelegen twee inschrijvingsborderellen voorleggen, alsook de beslissing van de vrederechter die de inschrijving specialiseert.

De inschrijving van een dergelijke hypotheek is niet onderworpen aan het hypotheekrecht van 0,3 % (art. 262 en 265, *sub* 1° Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten). Dit is enkel het geval wanneer een derde de bedoelde hypothecaire waarborg zou bieden: diens hypotheek wordt als een bedongen hypotheek aangezien, wat het hypotheekrecht van 0,3 % opvorderbaar maakt. Voor het overige is alleen het loon van de hypotheekbewaarder, dat afhankelijk is van het bedrag waarvoor de inschrijving wordt genomen, en het zegelrecht voor het borderel ten bedrage van anderhalve EUR per gescande A4-bladzijde verschuldigd. Daarnaast is het inschrijvingsborderel onderworpen aan het zegelrecht van 5 EUR. Al deze kosten worden door de griffier aan de hypotheekbewaarder betaald, maar zijn uiteindelijk ten laste van de pupil.

Het lijkt in zekere mate onvermijdelijk dat de bedoelde waarborgen een punt van onderhandeling (kunnen) vormen tussen de vrederechter en de voogd, die ermee kan dreigen de opdracht niet te aanvaarden.

Zie voor een uitgebreide bespreking terzake: J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, 156 e.v.; Chr. ENGELS, *t.a.p.*, 349 e.v.

Inzake de bedoelde waarborgen maakt de wetgever geen onderscheid tussen de in voorkomend geval (van gesplitste voogdij in de zin van art. 395 B.W.) aangestelde voogd met betrekking tot de persoon en voogd met betrekking tot de goederen: zo is het mogelijk de wettelijke hypotheek op de onroerende goederen van beide voogden in te schrijven (J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, p. 159, nr. 6).

439 De wettelijke hypotheek en de alternatieve waarborgen strekken tot waarborg van de schuldvorderingen die de pupil heeft tegen zijn voogd in het raam van de voogdij. Het betreft vooral de gebeurlijke schadevergoeding die de voogd is verschuldigd omwille van een slecht beheer en de sommen die de voogd zou hebben ontvangen maar niet in rekening zou hebben gebracht (Chr. ENGELS, *t.a.p.*, p. 355-356, nrs. 789-791). De meeste van deze schuldvorderingen zullen blijken uit de definitieve voogdijrekening in de zin van artikel 415 B.W. Ook de interesten op het saldo dat de voogd op basis van de voogdijrekening aan zijn pupil is verschuldigd, worden gewaarborgd, zij het, wat de wettelijke hypotheek betreft, voor ten hoogste drie jaar in dezelfde rang als voor het kapitaal van de schuldvordering (art. 87 Hyp.W.) en in totaal voor maximaal vijf jaar (art. 2277 B.W.).

440 Artikel 407 § 1, *sub* 6° B.W. is analoog met artikel 488*bis*, c § 3, derde lid B.W., krachtens welk de vrederechter, indien hij zulks noodzakelijk acht, van

de voorlopige bewindvoerder (de gepaste) waarborgen kan eisen, hetzij bij zijn aanwijzing, hetzij gedurende de uitoefening van zijn opdracht.

Zie inzake artikel 488bis, c § 3, derde lid B.W.: F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 114, nr. 24; Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, "La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assurer la gestion – Aperçu législatif et commentaire", *Act. dr.* 1993, p. 619-620, nr. 87; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 235, nr. 303; W. PINTENS en A. VERBEKE, "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *R.W.* 1991-92, p. 179, nr. 46; E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *T.B.B.R.* 1993, p. 130-131, nr. 51.

Artikel 407 § 1, *sub* 6° B.W. doelt op een appreciatiebevoegdheid aan de zijde van de vrederechter die, naargelang van de omstandigheden, voor de beste oplossing kiest.

Zie: M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1503-1505, nrs. 115-117; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 21-22, nr. 24. Vergelijk de toch wel strengere zienswijze van: Chr. ENGELS, *t.a.p.*, p. 358-362, nrs. 795-798.

Aldus kan hij beslissen over de te verstrekken waarborgen in verhouding tot de omvang, de samenstelling en de aard van het te beheren vermogen en de met dit beheer gepaard gaande risico's, bijvoorbeeld gelet op de soort van beleggingen. De vrederechter analyseert verder het vermogen van de voogd om uit te maken welke vormen van waarborgen het meest geschikt zijn: een hypothecaire inschrijving, een blokkering van kapitalen, een inpandgeving van effecten, ... dan wel het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering.

Zie: C. DAUBANTON, *t.a.p.*, 203-204; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXX, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Librairie A. Marescq, 1878, p. 276-280, nrs. 310-311.

Vgl. inzake het voorlopig bewind, alwaar, bij gebrek aan een wettelijke hypotheek in de zin van artikel 47, eerste lid Hyp.W., de instemming van de voorlopige bewindvoerder vereist is: Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 619-620, nr. 87.

Ook inzake het voorlopig bewind is de aansprakelijkheidsverzekering vaak aangewezen: Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 619, nr. 87; W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 179, nr. 46.

De vrederechter kan eveneens beslissen dat waarborgen overbodig zijn als de omvang van het te beheren vermogen te verwaarlozen is, dan wel als het beheer (nagenoeg) geen risico's impliceert. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien het te beheren vermogen nagenoeg enkel onroerende componenten bevat, die zonder voorafgaande machtiging van de vrederechter hoe dan ook niet voor beschikking vatbaar zijn.

Er zijn geen specifieke bepalingen inzake de motivering van de beslissing van de vrederechter, noch inzake het verhaal daartegen: het gemene recht inzake de voogdijprocedure vindt toepassing (art. 1232-1233 en 1236 Ger.W.).

441 De regeling is vooral praktisch getint en moet de vrederechter toelaten op een soepele, doch doeltreffende wijze in te spelen op de zich voordoende noden (streckende tot bescherming van het te beheren vermogen). Naargelang van de omstandigheden, kan hij een en ander in de loop van de voogdij herzien en gebeurlijk bijsturen (art. 407 § 2 B.W.). Aldus kan de vrederechter hetzij waarborgen opleggen of afschaffen, hetzij de verstrekte waarborg(en) wijzigen, verhogen of verminderen (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001,

p. 23). Hij moet zich wel steeds rekenschap geven van het onverplichte (en in beginsel onbezoldigde) karakter van de voogdij, hetgeen bezwaarlijk kan worden “ingedeukt” door al te belastende waarborgen te eisen.

Zie ook: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 150, nr. 24, die een zekere tegenstrijdigheid ziet “entre le caractère gratuit et librement accepté des fonctions et l’obligation de conférer des garanties”: “L’administrateur provisoire nommé conformément à l’article 488bis du C.c. n’est tenu de fournir aucune garantie, alors qu’il est rémunéré. Pourquoi le tuteur ‘gratuit’ doit-il en fournir une?”

In het licht van het voormelde, herhaalt artikel 49 Hyp.W. dat de vrederechter (binnen de in art. 407 § 1, eerste lid B.W. bepaalde termijn, dit is binnen een maand nadat de beschrijving bij het procesdossier is gevoegd) het bedrag vaststelt waarvoor een hypothecaire inschrijving wordt genomen en het bedrag aanwijst waarop deze inschrijving moet worden gevorderd, zulks rekening houdend met de omvang, de aard en de samenstelling van het te beheren vermogen, “alsook met hetgeen zich in verband met de verantwoordelijkheid van de voogd kan voordoen” (eerste lid). Artikel 49, tweede lid Hyp.W. vervolgt dat de vrederechter (naargelang van de omstandigheden) op herroepbare wijze kan verklaren dat op de goederen van de voogd geen inschrijving wordt genomen (Cass. 19 maart 1874, *Pas.* 1874, I, 92; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1242, nr. 1349).

Indien de vrederechter tot een hypothecaire inschrijving besluit, wordt zij genomen “op verzoek van de griffier” (art. 52, eerste lid Hyp.W.). In feite is dit de bekrachtiging van de bestaande praktijk (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1505, nr. 118). Het optreden van de griffier is bedoeld om de pupil zoveel mogelijk garantie te bieden (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 30-31).

Indien de voogd zich, vooraleer deze formaliteit is vervuld, met het beheer inlaat op een wijze die hetgeen de vrederechter (krachtens art. 391 B.W.) gebeurlijk te dringenden titel heeft bepaald, overschrijdt, kan de voogdij hem worden onttrokken (art. 52, tweede lid Hyp.W. *juncto* 398-399 B.W.). Het is een facultatieve sanctie waarover de vrederechter oordeelt (Chr. ENGELS, *t.a.p.*, p. 369, nr. 809).

Verder moet de toeziende voogd op eigen verantwoordelijkheid erover waken dat de inschrijving wettig op de goederen van de voogd wordt genomen (art. 52, derde lid Hyp.W.). GRÉGOIRE wijst terecht op de vereiste toestemming van de echtgenoot met betrekking tot een hypotheekvestiging (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 189-190, nr. 72). De toeziende voogd heeft niet tot taak te onderzoeken of de inschrijving al dan niet voldoende is (Rb. Antwerpen 29 juni 1876, *B.J.* 1877, 1228; Chr. ENGELS, *t.a.p.*, p. 369, nr. 810).

Mede in het licht van het voormelde artikel 52, tweede lid Hyp.W. moet de toeziende voogd erover waken dat de hypothecaire inschrijving wordt genomen vooraleer de voogd het “echte” beheer op zich neemt en bijgevolg de inhoud van de krachtens artikel 391 B.W. genomen beschikking overstijgt. Bijzondere waakzaamheid is geboden wanneer de vrederechter de getroffen dringende maatregelen intrekt of wanneer de voorgeschreven termijn is verstreken (J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, p. 161, nr. 13).

Krachtens artikel 54 Hyp.W. mogen de griffiers van de vrederechten “op eigen verantwoordelijkheid en op straffe van afzetting, indien daartoe grond bestaat” geen uitgifte van beschikkingen (gegeven ter uitvoering van art. 407 B.W.) afgeven vooraleer tegen de voogd inschrijving is genomen voor de bedragen en op de onroerende goederen die de vrederechter heeft aangewezen.

Wanneer de vrederechter de voogd heeft ontslagen van het stellen van enige waarborg, spreekt het voor zich dat de griffier een uitgifte van de beschikking ter uitvoering van artikel 407 B.W. kan afgeven en dat hij geen rekening hoeft te houden met het verbod bepaald in artikel 54 Hyp.W. (J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, p. 161, nr. 13). Bovendien is deze sanctie relatief in die zin dat zij slechts kan worden genomen indien de afwezigheid van de inschrijving het verhaal tegen de voogd ondoeltreffend maakt in het licht van de door hem gestelde handelingen waarvoor overeenkomstig artikel 407 B.W. een beschikking is vereist (Chr. ENGELS, *t.a.p.*, p. 370, nr. 812). Tot slot zij aangestipt dat het een administratieve sanctie betreft. De pupil kan de griffier niet burgerrechtelijk aansprakelijk stellen. Hij kan dit wel doen ten aanzien van de toeziende voogd.

De artikelen 56, 58, 59 en 60 Hyp.W. bevestigen voormelde (in art. 407 § 2 B.W. bepaalde) herzieningsbevoegdheid van de vrederechter (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 31; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 22-23, nr. 25). Naargelang van de omstandigheden, kan hij hetzij (hypothecaire) waarborgen opleggen (art. 59 Hyp.W.) of afschaffen, hetzij de verstrekte (hypothecaire) waarborg(en) wijzigen (art. 58 Hyp.W.), verhogen (art. 56 Hyp.W.) of verminderen (art. 60 Hyp.W.).

In voorkomend geval wordt de wettelijke hypotheek doorgehaald. Zij houdt automatisch op van kracht te zijn, indien zij niet wordt hernieuwd binnen een jaar na de beëindiging van de voogdij (art. 90bis Hyp.W.).

Zie over de doorhaling meer uitgebreid: J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, p. 161-162, nrs. 14-16; Chr. ENGELS, *t.a.p.*, p. 377-379, nrs. 821-825.

In de praktijk opteert de vrederechter, eerder dan voor een hypothecaire waarborg aan de zijde van de voogd, voor het stellen van een bankwaarborg of voor het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering tegen beheersfouten (J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, p. 163, nr. 18).

§ 7. Bepaling van maatregelen inzake een gebeurlijk aan de pupil toekomende handelszaak, dan wel onderneming

442 De aan het voeren van een handel(sactiviteit) verbonden risico's zijn in de regel onverenigbaar met de voorzichtigheid die een behoorlijke werking van de voogdij kenmerkt (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 46, nr. 55).

443 Het was de voogd hoe dan ook verboden een handel namens zijn pupil te beginnen (P. SENAËVE, *a.w.*, p. 464, nr. 1295).

Krachtens het oude artikel 8 (Boek I “Koophandel in het algemeen”, Titel I “Kooplieden”) van het Wetboek van Koophandel, kon de voogd wel, na (herroepbare) toestemming van de familieraad (en onder de voorwaarden die hij bepaalt) en homologatie door de (burgerlijke) rechtbank van eerste

aanleg, “de handel van de ouders van de minderjarige” ten behoeve van deze laatste verder zetten (G. BAETEMAN en J. GERLO, *t.a.p.*, p. 942, nr. 248; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 127-128, nr. 87). Desnoods kon de leiding van de handelszaak aan een onder toezicht van de voogd staande “bijzondere bewindvoerder” worden toevertrouwd (art. 8, tweede lid W. Kh.).

Zie bv.: Rb. Kortrijk 8 mei 1979, *T. Not.* 1980, 56.

Vgl.: Rb. Kortrijk 27 maart 1979, *T. Not.* 1979, 187, noot H. DU FAUX.

444 Het kan evenwel nuttig voorkomen, in voorkomend geval, ook een anderszins door de pupil geërfde handelszaak te zijnen behoeve verder te zetten.

Met die gedachte heeft de wetgever het voormelde artikel 8 van het Wetboek van Koophandel afgeschaft en een aangepaste regeling vervat in de artikelen 407 § 1, *sub* 7° en 410 § 1, *sub* 12° B.W.

445 Krachtens artikel 407 § 1, *sub* 7° B.W. treft thans de vrederechter de maatregelen die moeten worden genomen met het oog op de voortzetting, de verhuring, de overdracht of de beëindiging van een handelszaak die de pupil heeft verkregen als deel uitmakend van een hem (gedeeltelijk) toekomende nalatenschap (hetzij ingevolge de wettelijke devolutie, hetzij ingevolge testamentaire devolutie). Gebeurlijk kaderen de bedoelde maatregelen binnen de “dringende maatregelen” die de vrederechter (meteen na het ontstaan van de voogdij) treft (overeenkomstig art. 391, eerste lid B.W.) en die noodzakelijk zijn voor de bewaring van de goederen van de pupil (Kort Ged. Luik 17 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 35). Krachtens artikel 410 § 1, *sub* 12° B.W. heeft de voogd de voorafgaande machtiging van de vrederechter nodig om een handelszaak voort te zetten die is verkregen door wettelijke erfopvolging of door erfopvolging krachtens uiterste wil.

Eens te meer geniet de vrederechter een zekere appreciatiebevoegdheid en kan hij, naargelang van de omstandigheden, tot de voortzetting, de verhuring, de overdracht of de beëindiging van de bedoelde handel besluiten. Zo kan het bijvoorbeeld aangewezen zijn om de handelszaak in een vennootschap onder te brengen (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 46, nr. 55).

In het licht van het oude artikel 8, tweede lid van het Wetboek van Koophandel kan de vrederechter de voogd toestaan om de leiding van de handelszaak aan een onder toezicht van de voogd staande “bijzondere bewindvoerder” toe te vertrouwen (art. 410 § 1, *sub* 12° B.W.). In de praktijk kan het de voogd toekomen een dergelijke bewindvoerder voor te stellen, wiens aanstelling de vrederechter moet bevestigen.

HOOFDSTUK III REKENINGENBEHEER

AFDELING I

REKENINGEN

§ 1. Vermogensbeheer in het raam van een of meer rekeningen

446 De wetgever van 29 april 2001 besteedt bijzondere aandacht aan de bescherming van het roerende vermogen van de pupil. In de artikelen 408 en 409 B.W. bepaalt hij hoe de roerende waarden, het saldo van de inkomsten en de kapitalen die de minderjarige gedurende de voogdij toekomen, kunnen worden belegd. Indien hij het nodig acht kan de vrederechter, de door de voogd te verstrekken waarborgen wijzigen (art. 407 § 2 B.W.; *Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 23*).

447 Traditiegetrouw vinden de “beleggingen” ten behoeve van de pupil plaats in het raam van een effectenrekening, dan wel een spaarboekje met voorbehouden kapitaal op zijn naam. Krachtens artikel 407 § 1, *sub 4°* B.W. bepaalt de vrederechter de (door de Commissie van Bank- en Financieuzen erkende) instelling waar de rekeningen worden geopend waarop de kapitaalstortingen plaatsvinden en de effecten alsmede de waardepapieren van de pupil worden gedeponereerd.

448 Artikel 408, eerste lid B.W. vervolgt dat de effecten aan toonder alsook andere waardepapieren die aan de pupil toebehoren of die hem in de loop van de voogdij toekomen, op die rekening worden gedeponereerd. De vrederechter kan evenwel, in het licht van de artikelen 407 § 1, *sub 3°* en *5° juncto* 409 § 1 B.W., andere (beleggings)voorwaarden bepalen.

§ 2. Rekening(en) op naam van de pupil

449 Het openen van een bankrekening doet een vrij complexe rechtsverhouding ontstaan tussen de (bank)instelling enerzijds en de rekeninghouder anderzijds. Gelet op de verscheidenheid van de soorten bankverrichtingen, gaande van de eenvoudige storting van een chartale geldsom over de girale transacties tot de kredietverlening, biedt geen van de bijzondere overeenkomsten van het Burgerlijk Wetboek een passende rechtsvorm. Het betreft dan ook in zekere zin een (zoveelste) overeenkomst *sui generis*.

De storting van een chartale geldsom impliceert dat de (bank)instelling in beginsel (vgl.: de zogeheten “algemene bankvoorwaarden”) verplicht is om (een deel van) deze geldsom op eenvoudig verzoek aan de klant terug te geven (d.i. de mutatie van chartaal geld in girale aanspraken en *vice versa*).

De girale transactie impliceert voor de rekeninghouder een aanspraak ten aanzien van de (bank)instelling als gevolg van een operatie die de (bank)instelling ertoe noopt om de rekening van haar klant te crediteren in ruil voor een aanspraak ten aanzien van een van haar andere klanten of ten aanzien van een andere (bank)instelling.

Bij de kredietverlening stelt de (krediet)instelling een kredietlijn ter beschikking waarop de kredietnemer trekkingen kan verrichten in ruil waarvoor eerstgenoemde een aanspraak bekomt op laatstgenoemde. Dit vormt overigens de hoofdactiviteit van kredietinstellingen (K. BYTTEBIER, *Handboek financieel recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, p. 241, nr. 414).

450 Volgens een vaststaande praktijk opent de voogd, behoudens een zichtrekening (gekenmerkt door een groot aantal verrichtingen, zowel stortingen, afhalingen als girale transacties), op naam van zijn pupil tevens een spaarboekje (met voorbehouden kapitaal) bij een erkende financiële instelling (met staatswaarborg) en/of een effectenrekening, waarop hij (behoudens het belegde) het overschot van de inkomsten op de uitgaven en de vrijgekomen dan wel de (gebeurlijk anders) te beleggen kapitalen, effecten en waarden deponneert.

In beginsel bezitten kredietinstellingen (zijnde de Belgische of buitenlandse ondernemingen die gelddeposito's of andere terugbetaalbare gelden van het publiek in ontvangst nemen en kredieten verlenen voor eigen rekening) nog steeds een monopolie om van het spaarderspubliek op korte termijn terugbetaalbare gelden te ontvangen (art. 4 Wet van 22 maart 1993 "op het statuut en het toezicht op de kredietinstellingen" of de zogeheten "Bankwet").

Ook andere financiële instellingen (bv. de Post, de Deposito- en Consignatiekas, de landsbonden van ziekenfondsen) kunnen evenwel (in bepaalde omstandigheden en onder strikt omschreven voorwaarden) dergelijke deposito's ontvangen.

(Ook) onder het oude recht werd het beleggen van (voorzienbare) inkomsten als een daad van louter beheer aangezien, waarvoor de voogd (in beginsel) geen bijzondere formaliteiten diende na te leven (G. BAETEMAN en J. GERLO, "Overzicht van rechtspraak (1975-1980): Personen- en Familierecht", *T.P.R.* 1981, p. 941-942, nr. 247; R. GOTZEN, "Zijn de beleggingswijzen van kapitalen die aan minderjarigen toebehoren al dan niet door de wet beperkt?", noot onder Rb. leper 17 november 1976, *R.W.* 1977-78, 588, nr. 3; P. MARCHAL, "Les incapables majeurs", in *Répertoire notarial*, I, *Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 123, nr. 78; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, p. 1502, nr. 113).

In wezen controleerde de vrederechter evenwel de (voorgenomen) beleggingswijze, ja zelfs koos hij de bedoelde beleggingswijze (als voorzitter van de familieraad overeenkomstig het oude art. 416 B.W., in samenspraak met de voogd, gebeurlijk ook met de met de uitvoering belaste notaris) (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 71).

Ook indien de familieraad, (zoals vaak) naargelang van de omstandigheden (oud art. 49, tweede lid Hyp.W.) verklaarde dat de voogd geen (hypothecaire) waarborgen moest stellen, werd (tezelfdertijd) bevolen dat de aan de pupil toekomende sommen geplaatst dienden te worden op een van de wettelijk bepaalde beleggingswijzen, dit wil zeggen de voldoening van de schulden van de pupil, de aankoop van onroerende goederen, de aankoop van renten ten laste van de staat of het bestaan van leningen met onroerend voorrecht of op eerste hypotheek (oud art. 57 Hyp.W.) (wanneer de familieraad krachtens het oude art. 49, tweede lid Hyp.W. besliste dat geen hypothecaire inschrijving moest worden genomen en de voogd aldus ervan was vrijgesteld, gold nochtans een volledige vrijheid voor de voogd om de beleggingswijze te bepalen; vgl.: R. GOTZEN, *t.a.p.*, 589, nr. 4). Vaak stelde de vrederechter deze (vier) beleggingswijzen voor als de enige, wettelijk toegelaten beleggingen voor alle kapitalen van de pupil. Wanneer de familieraad krachtens het oude artikel 49, tweede lid Hyp.W. besliste dat geen hypothecaire inschrijving moest worden genomen (en de voogd aldus ervan was vrijgesteld), gold nochtans, zoals gezegd, een volledige vrijheid voor de voogd om de beleggingswijze te bepalen (vgl.: R. GOTZEN, *t.a.p.*, 589, nr. 4).

De meest bevolen beleggingsvorm was de plaatsing op een spaarboekje met voorbehouden kapitaal, onder vermelding dat de aan de pupil toekomende sommen niet afgehaald mochten worden

dan met toestemming van de vrederechter (C. DAUBANTON, “L’inscription hypothécaire tutélaire”, *T.Vred.* 1987, p. 196-197, nrs. 5-7; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 71; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 463, nr. 1291). Behoudens in geval van grote kapitalen, waren beleggingen in onroerende goederen en in leningen met onroerend voorrecht of op eerste hypotheek eerder zeldzaam.

Enkel de voogd die (effectief) een voldoende hypothecaire waarborg had geboden, kon (bepaalde) beleggingen doen op de wijze die hij verkoos.

De ten behoeve van de pupil verrichte beleggingen geschieden aldus in het raam van een effectenrekening, dan wel een spaarboekje met voorbehouden kapitaal op naam van de pupil.

451 Krachtens artikel 407 § 1, *sub* 4° B.W. bepaalt de vrederechter de door de Commissie van Bank- en Financieuzen erkende instelling waar de rekeningen worden geopend waarop de kapitaalstortingen plaatsvinden en de effecten alsmede de waardepapieren van de pupil worden gedeponereerd.

Artikel 408, eerste lid B.W. gaat hierop voort: de effecten aan toonder alsook andere waardepapieren die aan de pupil toebehoren of die hem in de loop van de voogdij toekomen, worden op die rekening gedeponereerd.

Dit is de regel.

Zo ook vernieuwt de voogd, krachtens artikel 408, tweede B.W., op de vervalddag zonder bijzondere machtiging de plaatsing van het nominale kapitaal in gelijkaardige waarden.

452 Zoals gezegd, kan de vrederechter wel andere (gebruiks-, dan wel) beleggingsvoorwaarden bepalen (art. 407 § 1, *sub* 3° en 5° *juncto* 409 § 1 B.W.).

AFDELING II

BELEGGINGSVOORWAARDEN

§ 1. Vrederechter bepaalt de beleggingsvoorwaarden

453 Krachtens artikel 407 § 1, *sub* 3° B.W. bepaalt de vrederechter het bedrag waarboven de voogd de verplichting heeft om het saldo van de inkomsten boven de uitgaven te beleggen en de termijn na verloop waarvan de voogd, indien hij dit bedrag niet belegt, van rechtswege rekening en verantwoording verschuldigd is voor de interest. Artikel 409 § 1 B.W. vervolgt dat het overschot van de inkomsten, bedoeld in artikel 407 § 1, *sub* 3° B.W., wordt belegd overeenkomstig de voorwaarden die de vrederechter vaststelt in de beschikking welke hij (overeenkomstig art. 407 § 1 B.W.) bij het ontstaan van de voogdij, dan wel (overeenkomstig art. 407 § 2 B.W.) in de loop van de voogdij neemt. Het bepalen van de “beleggingsvoorwaarden” doelt vooral op het bepalen enerzijds hoe (weinig) speculatief het vermogensbeheer moet zijn en anderzijds of het beheer eerder op vermogensaan groei dan wel op rente-opbrengst moet zijn gericht (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 230).

454 Anders dan onder het oude recht (inzonderheid de oude art. 49 *juncto* 55-60 Hyp.W.), is het opleggen van beleggingsvoorwaarden (door de vrede-rechter) thans losgekoppeld van de mate waarin de voogd (hypothecaire) waarborgen verschaft.

Zie in het raam van de oude artikelen 49 *juncto* 55-60 Hyp.W.: R. GOTZEN, *t.a.p.*, 589-590, nr. 4.

Het lijkt echter aangewezen om ook nu de gestrengheid van de vrederechter-lijk bepaalde gebruiks- dan wel beleggingsvoorwaarden te koppelen aan de omvang van de door de voogd verstrekte waarborgen.

De idee om steeds de voor de pupil meest optimale aanwending van de hem toekomende sommen te bewerkstelligen, doorkruist het hele verloop van de voogdij en is derhalve geenszins beperkt tot het ogenblik waarop de geplaatste kapitalen van de pupil vervallen (E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, p. 44-45, nr. 53).

§ 2. Kwijting van kapitalen

455 Het ontvangen van kapitalen en het geven van kwijting ervoor was vroeger een typische daad van beheer waartoe de voogd in beginsel alleen kon overgaan (R. GOTZEN, "De uitbetaling van kapitalen die de minderjarige ten deel vallen", noot onder Cass. 10 april 1978, *R.W.* 1978-79, 724, nr. 2). De schuldenaars die aldus betaalden waren volledig bevrijd, zonder dat ze zich dienden te bekommeren om het gebruik van de bedoelde gelden.

Krachtens het oude artikel 61, eerste lid Hyp.W. mocht de voogd echter, zonder de bijstand van de toeziende voogd, geen terugbetaling ontvangen van niet-opeisbare kapitalen of van schuldvorderingen met tijdsbepaling die eerst na de meerderjarigheid van de pupil zouden vervallen.

Krachtens het oude artikel 61, tweede lid Hyp.W. diende de toeziende voogd er verder over te waken dat de terugbetaalde gelden onmiddellijk in een openbare kas werden gestort, onverminderd een andersluidende beslissing van de familieraad.

Dit gold evenzeer voor de zogeheten "onvoorzienbare kapitalen" die aan de pupil in de loop van de voogdij toekwamen.

Zie: Cass. 10 april 1978, *R.W.* 1978-79, 719; G. BAETEMAN en J. GERLO, *t.a.p.*, p. 942, nr. 247; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1248-1249, nr. 1359; R. GOTZEN, "Zijn de beleggingswijzen van kapitalen die aan minderjarigen toebehoren al dan niet door de wet beperkt?", *t.a.p.*, 590, nr. 5. Vgl.: Rb. Luik 17 maart 1975, *Jur. Liège* 1975-76, 138; J.L. LEDOUX, "Chronique de jurisprudence (1975-80): Les sûretés réelles", *J.T.* 1981, p. 339, nr. 118.

456 Wat zijn "onvoorzienbare kapitalen"?

Dit zijn gelden waarvan, inzonderheid bij de vaststelling van de gebeurlijk door de voogd te verstrekken waarborgen (art. 407 § 1, *sub* 6° *juncto* 407 § 2 B.W.), de uitbetaling niet kan worden voorzien, ook al zijn het in wezen opeisbare kapitalen. Voorbeelden van dergelijke onvoorzienbare kapitalen

zijn een door een verzekeringsmaatschappij uitbetaalde (schade)vergoeding, een ongevallenvergoeding, een onteigeningsvergoeding of de uitkering van (een aandeel in) een aan de pupil toekomende nalatenschap. In sommige gerechtelijke arrondissementen brengt het openbaar ministerie nabij de correctionele rechtbank en/of het (arbeids)auditoraat nabij de arbeidsrechtbank het bevoegde vredegerecht op de hoogte van de uitbetaling aan een minderjarige (onder voogdij) van een hem toekomende (schade)vergoeding.

Zie: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 72.

Wat betreft de in artikel 379, tweede tot derde lid B.W. bepaalde preventieve (toezichts)maatregelen (aangaande het aanwenden door ouders) met betrekking tot geldsommen die (op basis van een rechterlijke beslissing) aan een minderjarige toekomen, zie: P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 151-153, nrs. 1128-1134.

De bedoelde bepalingen hebben een algemene draagwijdte en gelden evenzeer inzake de voogdij: Cass. 6 april 1971, *Pas.* 1971, I, 714; Brussel 9 januari 1969, *Pas.* 1969, II, 78; R. GOTZEN, "De uitbetaling van kapitalen die de minderjarige ten deel vallen", *t.a.p.*, 724, nr. 2; M. VAN BALBERGHE, "Toezicht op het aanwenden van geldsommen die aan minderjarigen toekomen", *R.W.* 1966-67, 331, nr. 3.

Zie ook: M. COENE, "Intervention du juge de paix dans le placement des fonds revenant aux incapables", *T.Vred.* 1988, 259: "Dès qu'un juge intervient pour une raison quelconque, il est en droit (et a donc aussi l'obligation) de prendre, dans l'intérêt de cet incapable, les mesures propres à garantir le patrimoine de celui-ci, notamment de préciser le placement des biens qui viennent à ce mineur, que celui-ci soit sous tutelle ou non, que les biens lui reviennent en pleine propriété ou en nue propriété seulement".

457 In strijd met het voormelde (oude) artikel 61, eerste lid Hyp.W., bleek de toeziende voogd in de praktijk geen bijstand te verlenen aan de voogd bij de inning van niet-opeisbare (dan wel onvoorzienbare) kapitalen, evenmin bij de belegging van deze gelden (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, p. 71-72; M. VERRYCKEN, "Onbekwamen", *T.P.R.* 1985, p. 500, nr. 15). Vele schuldenaars, inzonderheid verzekeringsmaatschappijen, bleken het optreden van de toeziende voogd als te hinderlijk te aanzien (R. GOTZEN, "De uitbetaling van kapitalen die minderjarigen te beurt vallen", *t.a.p.*, 725, nr. 3).

458 Niettemin is de thans geldende regeling strenger dan voorheen.

Krachtens artikel 409 § 2, eerste lid B.W. kan de voogd "slechts met de medeondertekening van de toeziende voogd" kwijting geven van "de" kapitalen die de pupil in de loop van de voogdij ontvangt. Het vereiste van medeondertekening door de toeziende voogd betreft nu duidelijk alle aan de pupil toekomende kapitalen, ook al gaat het om andere dan niet-opeisbare, dan wel onvoorzienbare kapitalen.

Zie zeer nadrukkelijk: M. GRÉGOIRE, "La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d'autorité parentale et de tutelle", *Rev. not. b.* 2002, p. 160-162, nrs. 37-38.

Anders blijkbaar: J. GERLO, *Handboek voor familierecht 1 – Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2000, p. 312, nr. 809.

Deze bepaling breekt dus met het oude artikel 61, eerste lid Hyp.W. Het in het voormelde (nieuwe) artikel 409 § 2, eerste lid B.W. gestelde vereiste van medeondertekening van de toeziende voogd, omvat nu immers meer dan enkel de niet-opeisbare kapitalen en de zogeheten "onvoorzienbare" kapitalen. De

notaris moet er nu dus steeds over waken dat voor de betaling van iedere koopprijs de kwijting wel degelijk door zowel de voogd als de toeziende voogd wordt gegeven (H. CASMAN, *t.a.p.*, 236; H. CASMAN, “Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle”, in *Verslagboek studiedag inzake voogdij ULB-VUB*, Brussel, 2001, 10).

De uitbetaling aan de voogd alleen werkt immers geenszins bevrijdend. Bij gebrek aan bijstand door de toeziende voogd is de bedoelde betaling aan de pupil niet tegenwerpbaar, zodat die zich, eens meerderjarig, tegen de schuldenaar kan richten ten einde een (tweede) betaling na te streven (Cass. 10 april 1978, *R.W.* 1978-79, 719; R. GOTZEN, “De uitbetaling van kapitalen die de minderjarige ten deel vallen”, *t.a.p.*, 724-725, nrs. 1 en 3). Laatstgenoemde kan zich dan wel (op zijn beurt) tegen de voogd keren.

459 In het licht van de bestaande praktijk waarbij dergelijke kapitalen doorgaans, in afwachting van een betere belegging, op een spaarboekje met voorbehouden kapitaal op naam van de pupil worden geplaatst, bepaalt artikel 409 § 2, tweede lid B.W. dat de voogd deze kapitalen op de bij toepassing van artikel 407 § 1, *sub* 4° B.W. geopende rekening plaatst.

Krachtens artikel 409 § 2, derde lid B.W. moet zulks geschieden binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen van de ontvangst van de kapitalen. Na het verstrijken van die termijn is de voogd van rechtswege interesten verschuldigd. DE BUSSCHERE benadrukt de toch wel korte termijn van vijftien dagen: “Gelet op de raadgevende opdracht van de notaris lijkt het zeer opportuun en ten zeerste aanbevelenswaardig dat de notarissen in hun akten die een kwijting in de zin van artikel 409 § 2, eerste lid B.W. bevatten, zouden melding maken van de inhoud van artikel 409 § 2, tweede tot vierde lid B.W., waarvan ze desgewenst letterlijk de tekst kunnen overnemen. Aldus herinnert de instrumenterende notaris als raadsman de voogd en de toeziende voogd aan de wettelijke beleggingsverplichtingen!” (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 396, nr. 92).

460 Na het advies zowel van de voogd als van de toeziende voogd en van de minderjarige pupil, indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, te hebben ingewonnen, bepaalt de vrederechter verder, (inzonderheid) op verzoek van de voogd (maar gebeurlijk ook ambtshalve, aldus art. 407 § 2 B.W.) de voorwaarden waaronder (later) een meer rendabele plaatsing (belegging) kan geschieden (art. 409 § 2, vierde lid B.W.). Aldus kan hij bijvoorbeeld beslissen een en ander op een termijnrekening te plaatsen, dan wel te beleggen in (staats)obligaties, kasbons, verzekeringsbons, ja zelfs (niet al te risicodragende) participaties (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 44, nr. 52).

461 De wederbeleggingen worden (doorgaans) als gewone beleggingen aanzien en dienovereenkomstig behandeld (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, p. 72).

Ook voorheen kwamen de vrijgekomen dan wel de (gebeurlijk anders) te beleggen kapitalen, effecten en waarden meestal, in afwachting van een betere belegging, terecht op een spaarboekje met voorbehouden kapitaal op naam van de pupil.

Thans plaatst de voogd deze kapitalen op de ter naleving van artikel 407 § 1, *sub* 4° B.W. geopende rekening (art. 408, eerste lid B.W.).

Waar de ontvangst van de vrijgekomen kapitalen, effecten en waarden en een gelijkaardige plaatsing (*in se*) zonder de naleving van bijzondere formaliteiten kan geschieden (aldus ook art. 408, tweede lid B.W., wat bv. niet het geval is bij de vervreemding van een onroerend goed teneinde de opbrengst te laten dienen voor de herstelling of renovatie van een ander onroerend goed dan wel voor de aankoop van een ander onroerend goed), zal een andere, in wezen meer rendabele belegging in samenspraak met de vrederechter geschieden (aldus ook art. 409 § 2, vierde lid B.W.).

462 Evenals inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, d, eerste lid B.W.), moet te dezen een doeltreffende, doch soepele en bovenal dynamische werkwijze worden vooropgesteld (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 45, nr. 54).

Mede in die optiek bepaalt de vrederechter, krachtens artikel 407 § 1, *sub* 5° B.W., de voorwaarden waaronder de gestorte kapitalen of de neergelegde titels en waarden kunnen worden teruggenomen. De bedoelde voorwaarden zijn steeds (ook ambtshalve) voor herziening (bijsturing) vatbaar (art. 407 § 2 B.W.).

Zoals vermeld, lijkt het (evenals onder het oude recht) aangewezen de principiële vrije keuze van beleggingsvorm aan de zijde van de voogd aan meer strikte voorwaarden te onderwerpen naarmate de door hem verstrekte waarborgen meer beperkt zijn.

463 Tot slot zij eens te meer aangestipt dat de vrederechter (krachtens art. 407 § 3 B.W.), onder de door hem bepaalde voorwaarden, de in artikel 407 § 1, *sub* 4° B.W. bedoelde instelling de opdracht kan toevertrouwen om de bij haar gedeponeerde effecten en andere waardepapieren, evenals het aan de pupil toebehorende kapitaal te beheren. Dit is voor de praktijk interessant vooral in die zin dat de (verdere) verhandeling van titels (sowieso) zonder vrederechterlijke tussenkomst kan geschieden (art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.).

De voogd die het vermogensbeheer uit eigen beweging toevertrouwt aan een bankinstelling, doet dat op zijn eigen verantwoordelijkheid (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 42).

HOOFDSTUK IV MAGTIGINGSVEREISTE

AFDELING I

IN DE REGEL BEHEERT DE VOOGD DE GOEDEREN VAN ZIJN PUPIL ZONDER NALEVING VAN BIJZONDERE VORMVEREISTEN

464 De voogd heeft volheid van bevoegdheden.

Zie o.m.: H. CASMAN en J.-P. MASSON, "La nouvelle législation sur la tutelle", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 33-34, nr. 25.

In de regel beheert hij de goederen van zijn pupil te exclusieven titel en zodoende zonder naleving van bijzondere vormvereisten (art. 405 § 1, derde lid B.W.): de voogd "regeert" in principe autonoom, zij het onder toezicht en controle van de toeziende voogd, de minderjarige (pupil) die de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en de vrederechter (A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 117, nr. 280, h). De voogd vertegenwoordigt zijn pupil in alle burgerlijke handelingen (art. 405 § 1, tweede lid B.W.). Het voogdijbeheer omvat voornamelijk die handelingen leidende tot het behoud van de kapitaalkracht van het bedoelde vermogen, de non-speculatieve vermeerdering van die kapitaalkracht en de redelijke en veilige beleggingen om het vermogen productief te maken. Het beheer beoogt bovenal het vermogen van de pupil te bewaren, het te doen opbrengen en het te (doen) vermeerderen: dit is de instandhouding, de niet-speculatieve vermeerdering en de redelijke "vruchtdraging" van het te beheren vermogen. Zoals elke bewindvoerder, is ook de voogd in de uitoefening van zijn opdracht gebonden aan de reden waarom het bedoelde vermogensbeheer is ingesteld (A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 118, nr. 280, k; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 293-294, nrs. 372-373).

465 De wetgever stelt derhalve het nodige vertrouwen aan de zijde van de voogd, zij het dat hij jaarlijks verantwoording aflegt tegenover de vrederechter. Enkel die rechtshandelingen die de wetgever te exhaustieven titel aanduidt, zijn aan de voorgeschreven formaliteiten onderworpen. De in artikel 410 § 1 B.W. vervatte lijst van rechtshandelingen waarvoor de voogd de voorafgaande machtiging van de vrederechter nodig heeft, heeft derhalve een limitatief karakter (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 24; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, p. 30, nr. 32). Het betreft niettemin een vrij omvattende lijst. Er werd gestreefd naar een zo groot mogelijke waterdichtheid van het toezicht op de verrichtingen van de voogd om misbruiken te voorkomen. Daarnaast ver-

eist een goed en efficiënt beheer een zekere mate van soepelheid (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 124). Net om de bedoelde soepelheid ietwat meer te benadrukken, voerde de wetgever van 13 februari 2003 een lichte reparatie door.

AFDELING II

VREDERECHTERLIJKE MACHTIGING

466 Artikel 410 § 1 B.W. omvat een limitatieve lijst van rechtshandelingen waarvoor de voogd de voorafgaande machtiging van de vrederechter nodig heeft (J. GERLO, *Handboek voor familierecht 1 – Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 323-324, nr. 810; F. SWENNEN en K. JANSSENS, “Het nieuwe voogdijrecht”, *R.W.* 2001-02, p. 1 nr. 1). Het betreft een aantal (van oudsher) belangrijk bevonden handelingen die in de regel als daden van beschikking kunnen worden gekwalificeerd.

467 De bedoelde lijst gaat grotendeels terug op de te dezen inzake het voorlopig bewind vooropgestelde (evenzeer limitatieve) lijst (art. 488bis, f § 3, tweede lid B.W.).

Zie terzake: F. BLONTRUCK, “De voorlopige bewindvoerder: de Wet van 18 juli 1991”, *T. Not.* 1992, p. 119, nr. 44; Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c. – Loi du 3 mai 2003)”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, p. 112, nr. 157; S. DE MEUTER, “De nieuwe wetgeving met betrekking tot de bescherming van de persoon en de goederen van de geesteszieke”, *Waarvan Akte* 1992, 186; Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, “La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d’en assurer la gestion – Aperçu législatif et commentaire”, *Act. dr.* 1993, p. 627, nr. 109; P. MARCHAL, “Les incapables majeurs”, in *Répertoire notarial*, I, *Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 247, nr. 319; J.-P. MASSON en N. MASSAGER, “Chronique de jurisprudence (1994-1998): Droit des personnes”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2000, p. 226-227, nr. 206; W. PINTENS en A. VERBEKE, “Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige”, *R.W.* 1991-92, p. 175, nr. 30; M. VERRYCKEN, “De wetgeving inzake het beheer van goederen van geesteszieken”, *Vl. T. Gez.* 1991-92, p. 195, nr. 8.3.

Tot vóór de Wet van 3 mei 2003 (tot hervorming van het voorlopig bewind), was de lijst inzake de voogdij vollediger (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 32, nr. 34); sedertdien heerst nog meer gelijkenis. Toch valt het te betreuren dat de wetgever de gelijkstelling niet op een meer sluitende wijze heeft afgewerkt (F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 193, nr. 408).

468 De voogd “die niet goed weet of machtiging noodzakelijk is”, kan daarover inlichtingen inwinnen bij de vrederechter. De wetgever geeft dit zelf aan (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 24).

Vgl.: H. NUYTINCK, "De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk", *T.P.R.* 1979, p. 48, nr. 28.

Bepaalde rechtsleer bekritiseert dit in het licht van artikel 297 Ger.W. (C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *T. Not.* 2001, p. 403, nr. 94; V. TOLLENAERE, "Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter", in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, K.U.L.A.K., 2002, p. 2, nr. 4; V. TOLLENAERE, "Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter met betrekking tot onroerende goederen", *P&B* 2002, p. 86-87, nr. 4). Deze bepaling verbiedt de leden van de hoven, rechtbanken, parketten en griffies om mondeling of schriftelijk de verdediging van de partijen te voeren en hun "consult" te geven. Het spreekt voor zich dat een in dit raam gegeven "inlichting" weinig juridische waarde heeft. Indien de vrederechter zou laten verstaan dat voor een bepaalde handeling geen machtiging vereist is, maar achteraf blijkt dat een machtiging toch nodig was, kan de voogd zich geenszins beroepen op de "certijds" vrederechterlijke inlichting. Bovendien zal deze inlichting doorgaans mondeling zijn met alle bewijsproblemen vandien voor de precieze inhoud ervan.

Niettemin lijkt enige nuancering op haar plaats: niets staat de vrederechter en zijn griffie in de weg om *in abstracto* de bedoelde rechtspraak aan te geven.

Zo kan een griffier, vóór de inschrijving van de zaak in het register der verzoekschriften, de verzoeker opmerkzaam maken voor een gebeurlijke onbevoegdheid van de rechter, inzonderheid ingevolge de hervorming van de gerechtelijke kantons. Het verstrekken van summiere en vooral procedurele informatie (door de griffie) enerzijds is zeker te onderscheiden van het geven van "consult" over de mogelijke uitkomst van het geschil anderzijds.

Zie ook: J. LAENENS, "Bevoegdheid en willige rechtsmacht", noot onder Vred. Kortrijk (tweede kanton) 17 september 2001, *R.W.* 2001-02, p. 930, nr. 6.
Vgl.: Antwerpen 26 juni 1987, *R.W.* 1987-88, 1128.

469 Door de invoering van een limitatieve lijst heeft de wetgever het (traditionele) onderscheid tussen de "daden van louter beheer" (die de voogd op een exclusieve wijze kon stellen) en anderzijds de "daden van beschikking" (ingevolge waarvan een bestanddeel uit het te beheren vermogen verdwijnt en voor het stellen waarvan de voogd een voorafgaande machtiging nodig had) opgeheven.

Vgl.: F. SWENNEN, *a.w.*, p. 296-298, nr. 377.

Voorts kan men bezwaarlijk, uitgaande van de limitatieve lijst, een redenering *a contrario* voeren om te stellen dat een bepaalde (rechts)handeling verboden zou zijn. Nu de wetgever de voorafgaande (vrede)rechterlijke machtiging voorstelt voor de aanvaarding van een schenking (art. 410 § 1, *sub* 6°

B.W.), kan hieruit bijvoorbeeld geenszins worden afgeleid dat de voogd een aanbod tot schenking niet zou kunnen verzaken.

Zie ook: P. DELNOY, "Les incapacités civiles au lendemain de la loi du 18 juillet 1991 dans le domaine des libéralités", in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs – Le droit belge après les réformes*, Brussel, Story-Scientia, 1996, 310.

Ook een verzaking is mogelijk, zo dit past binnen het economische beheer van een "goede huisvader" en zo dit (bovenal) het belang van de pupil zou dienen.

De bedoelde lijst beoogt geen onderscheid tussen hetgeen wel en hetgeen niet is toegelaten. De lijst strekt enkel tot afbakening van de door de wetgever (dermate) belangrijk bevonden (rechts)handelingen waarvoor (dienvolgens) machtiging vereist is. Verder handelt de voogd als een *bonus pater familias*: hij mag enkel datgene doen wat hoort in het raam van een beheer van andermans vermogen, mede rekening houdend met de taak die hem opgedragen is en het doel waarvoor hem die bevoegdheid is toegekend.

470 In de regel (ook al zijn er vele uitzonderingen) kan de voogd zonder machtiging alle rechtshandelingen stellen voor de naleving waarvan de wetgever geen bijzondere vormvereisten voorschrijft: "Paragraaf één van dit artikel 410 B.W. bevat een limitatieve opsomming van de handelingen die de voogd niet kan stellen zonder machtiging van de vrederechter. Zulks betekent dat voor handelingen die niet in de lijst voorkomen, geen machtiging vereist is, zodat zij kunnen worden gesteld door een voogd die zelfstandig optreedt krachtens het algemeen beginsel dat de voogd de minderjarige vertegenwoordigt in alle burgerlijke handelingen (art. 405 § 1, tweede lid B.W.). Deze bepaling strekt ertoe het traditionele onderscheid weg te werken tussen daden van bestuur en daden van beschikking en aldus te voorkomen dat aan die begrippen een afwijkende interpretatie wordt gegeven." (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 24).

Zie ook: Th. DELAHAYE, *t.a.p.*, p. 113-118, nrs. 159-165; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, "Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen", in P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 176-177, nr. 371.

Voorbeelden van dergelijke rechtshandelingen zijn het vragen van een kofferopening (Vred. Grevelingen 17 februari 1993, *T.Vred.* 1994, 111; Vred. Charleroi 11 januari 1999, *J.L.M.B.* 1999, 430), het sluiten en uitvoeren van (verzekerings)overeenkomsten, het deelnemen aan een algemene vergadering van een vennootschap waarin de pupil aandelen bezit, er de balans goedkeuren en stemmen over de winstverdeling, het innen van de inkomsten en de schuldvorderingen en er kwijting voor geven, het betalen van vervallen schulden maar ook het betalen van niet-vervallen schulden met beschikbare gelden, het (laten) lichten van een hypothecaire inschrijving (E. DE GROOTE, "Art. 488bis, f § 3 B.W.", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAEVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1995, p. 17-18, nr. 57), het (laten) opheffen van een (bewardend) beslag (vgl.: Vred. Komen-Waasten 29 augustus 1996, *T.Vred.* 1997, 228, noot M.E. DE SENY), het kwijtschelden van een schuld aan de

pupil en het sluiten van een overeenkomst van bewaargeving (Rb. Brussel 25 maart 1988, *T.B.B.R.* 1989, 406).

Zie ook (onder het oude recht): P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 120-123, nrs. 74-78.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 625-626, nr. 106; G. STABEL, "Het standpunt van een voorlopige bewindvoerder – De toepassing van artikel 488bis B.W.", in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 278-280, nr. 4.

In die optiek preciseert artikel 408 § 2 B.W. ten overvloede dat de voogd (onverminderd art. 409 § 2, vierde lid B.W.) op de vervalldag "zonder bijzondere machtiging" de plaatsing van het nominale kapitaal vernieuwt in gelijkaardige waarden. Zo ook kan de voogd, wanneer er zich in het vermogen van de pupil aandelen bevinden, zonder bijzondere machtiging, het stemrecht uitoefenen zowel op de gewone als op de buitengewone vergaderingen van de vennootschap. Het voorwerp van het ter stemming voorgelegde punt heeft geen belang, aldus bijvoorbeeld een kapitaalvermindering, een kapitaalverhoging, een statutenwijziging, een beslissing tot omvorming of tot vereffening van de vennootschap (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 401-402, nr. 95).

In diezelfde optiek moet het toestaan van een lening (krediet) namens een pupil, zij het zeer uitzonderlijk, mogelijk zijn zonder vrederechterlijke machtiging.

Anders: N. DELFORGE, *t.a.p.*, p. 19, nr. 43.

Evenals inzake het voorlopig bewind, heeft het voormelde cassatiearrest van 6 mei 1943 thans ook inzake de voogdij zijn betekenis verloren.

Zie inzake het voorlopig bewind: Th. DELAHAYE, *t.a.p.*, p. 112, nr. 157; Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 627, nr. 109.

Vgl.: F. SWENNEN, *a.w.*, p. 300-301, nr. 382.

Evenmin slaat de wetgever acht op het onderscheid tussen onroerende goederen enerzijds en roerende goederen anderzijds.

471 Een limitatieve opsomming impliceert echter geen vrijbrief aan de zijde van de voogd om zonder meer (en met name zonder naleving van enige vormvereiste) alle (rechts)handelingen te stellen die niet in de lijst voorkomen (en waarvoor de wetgever ook elders geen vormvereisten vooropstelt).

Zie ook: Th. DELAHAYE, "L'administrateur provisoire professionnel", in G. BENOIT, I. BRANDON en J. GILLARDIN (eds.), *Malades mentaux et incapables majeurs – Emergence d'un nouveau statut civil*, Brussel, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, 347; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 177, nr. 371.

Het spreekt voor zich dat een en ander steeds binnen het als een goede huisvader en bovenal ten behoeve van de pupil te voeren beheer moet kaderen. Het voogdijbeheer strekt er bovenal toe het vermogen van de pupil te bewaren, het te doen opbrengen en het te (doen) vermeerderen (Rb. Kortrijk 8 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 331; F. SWENNEN, *a.w.*, p. 294-295, nr. 375). Het beheer omvat dan ook alle (rechts)handelingen met het oog op het behoud van de kapitaalcracht van een vermogen, de non-speculatieve ver-

meerdering van die kapitaalcracht en de redelijke en veilige beleggingen om het vermogen productief te maken (W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid: een rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 67-69, nr. 40 en p. 74-75, nr. 45).

Verder is elke handeling enkel dan te verantwoorden zo zij het belang van de pupil dient.

Zie: Cass. 25 mei 1888, *Pas.* 1888, I, 241; C. CAPITAINE en S. THIELEN, "La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi 'réparatrice' du 13 février 2003: aspects pratiques", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 119 en p. 124, nr. 4; M. COENE, "Intervention du juge de paix dans le placement des fonds revenant aux incapables", *T.Vred.* 1988, 259; F. SWENNEN, *a.w.*, p. 294, nr. 373.

Zie ook: Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 623, nr. 96.

Het verdient aanbeveling alle stavingsstukken terzake neer te leggen.

Zie: C. CAPITAINE, "Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale", in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 169, die waarschuwt dat "trop souvent, en effet, l'on constate que la requête n'est accompagnée d'aucun justificatif, comme si le juge de paix était un 'presse-bouton' chargé d'accorder toute autorisation qui lui est demandée".

Gebeurt kan bijvoorbeeld het (laten) lichten van een hypothecaire inschrijving en het (laten) opheffen van een bewarend beslag (zonder dat het kapitaal is terugbetaald of de schuldvordering is voldaan) en zelfs het kwijtschelden van een schuld (aan de pupil) de pupil ten goede komen indien hij (een merkelijk) voordeel kan halen uit een toename van de kredietwaardigheid van zijn schuldenaar. Verder kan het opheffen van een (bewarend) beslag een verkoop uit de hand (van een aan de schuldenaar van de pupil toebehorend onroerend goed) mogelijk maken aan de prijs die merkkelijk gunstiger is dan deze die een gerechtelijke openbare verkoop laat verhoppen.

De vrederechterlijke machtiging is hoe dan ook niet nodig (vgl.: art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub c* B.W.).

Inzake het voorlopig bewind vereist de wetgever van 3 mei 2003 de machtiging voor de doorhaling van een hypothecaire inschrijving (zowel zonder betaling als na betaling) en van de overschrijving van een bevel tot uitvoerend beslag (zonder betaling); zie: Th. DELAHAYE, "L'administrateur provisoire (art. 488*bis* du C.c.) – Loi du 3 mai 2003", *t.a.p.*, p. 124, nr. 173; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 28, nr. 67; F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 196-197, nrs. 412-414; E. VIEUJEAN, "L'administration provisoire", *Rev. trim. dr. fam.* 2003, p. 679, nr. 9.

Aldus bevestigde de Vrederechter te Diest dat de in artikel 410 § 1 B.W. bedoelde limitatieve lijst een aantal "welomschreven gevallen" betreft: een machtiging tot doorhaling hoort niet thuis in deze lijst, zodat de vordering op grond van dit artikel in ieder geval ongegrond is (Vred. Diest 10 december 2001, *T.Vred.* 2002, 397). Inderdaad, voor het opheffen van een door een

schuldenaar ten behoeve van de pupil geboden hypotheekgarantie stelt de wetgever geen bijzondere machtiging voorop.

472 Zoals inzake het voorlopig bewind, moeten de bedoelde rechtshandelingen ruim, minstens gelet op de door de wetgever vooropgestelde beschermingsdoeleinden worden geïnterpreteerd. Een (ook vanuit praktisch oogmerk) “passende” lezing is aangewezen.

Zie inzake het voorlopig bewind: W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 178, nr. 372; F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 193-194, nr. 408.

Zoals verder besproken, doelt de term “vervreemden” in de zin van artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. niet alleen op een verkoop, maar ook op andere vormen van vervreemding, bijvoorbeeld de ruil of de inbreng in een vennootschap, zo ook bijvoorbeeld op het brengen van (on)roerende goederen van de pupil in een “gesloten boedel” (van onverdeeldheid) met een beding van aanwas (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 236). Desalniettemin kan “(her)beleggen” bezwaarlijk zonder meer met vervreemden worden gelijkgesteld.

Zie ook: Vred. Leuven 15 december 1997, *R.W.* 1997-98, 1089.

Zo ook omvat het aangaan van een “lening” in de zin van artikel 410 § 1, *sub* 2° B.W. meer dan het aangaan van een (ver)bruikleningovereenkomst in de traditionele (burgerrechtelijke) betekenis van het woord, maar veeleer alle (al dan niet gewaarborgde) kredietverrichtingen in de ruime zin van het woord.

Zie zelfs: Rb. Brussel 24 december 1970, *Pas.* 1971, III, 26.

In geval van twijfel kan ook oude (cassatie)rechtspraak behulpzaam blijven. Zo rijst de vraag hoe afstand moet gebeuren van het recht van voorkoop dat in onverdeeldheid toebehoort aan minderjarige en aan meerderjarige pachters. Het cassatiearrest van 15 april 1977 verwijst terzake naar artikel 1186 Ger.W., respectievelijk naar artikel 1187 Ger.W. al naargelang het gaat om de afstand van de minderjarige(n) of om de afstand van de meerderjarige(n) (Cass. 15 april 1977, *Arr. Cass.* 1977, 853).

473 Om de bedoelde machtiging te bekomen, richt de voogd zich tot de vrederechter middels een eenzijdig verzoekschrift in de zin van de artikelen 1026-1034 Ger.W. (art. 1232 Ger.W.), zulks onder voorbehoud van het in artikel 1233 § 1 Ger.W. bepaalde.

Zie hierover uitgebreid: F. APS, “De procedures inzake voogdij en het hoorrecht van minderjarigen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 258-267, nrs. 580-604.

Aldus volstaat (in afwijking van art. 1026, *sub* 5° Ger.W.) de handtekening van het verzoekschrift door de voogd zelf (zonder advocaat, art. 1233 § 1, *sub* 1° Ger.W.). Verder wordt, krachtens artikel 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W., de minderjarige die de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, opgeroepen om hem te horen (inzake de door de voogd voorgenomen beslissing die betrek-

king heeft op zijn goederen). Zoals “iedere beslissing” wordt de beslissing ook te dezen ter kennis gebracht van het openbaar ministerie (art. 1233 § 1, *sub* 4° Ger.W.).

De beschikking van de vrederechter is vatbaar voor hoger beroep voor de rechtbank van eerste aanleg. Het beroep wordt behandeld door een kamer samengesteld uit drie rechters (art. 1236 Ger.W.).

474 De machtiging is nodig telkenmale de voogd zich voorneemt een van de bedoelde handelingen te stellen. Zo moet de voogd voor de aankoop van een onroerend goed waarvoor een hypothecaire lening wordt afgesloten navolgende machtigingen vragen: de machtiging tot aankoop van het onroerend goed (art. 410 § 1, *sub* 9° B.W.), de machtiging om een lening aan te gaan (art. 410 § 1, *sub* 2° B.W.) en een machtiging tot het vestigen van een hypotheek (art. 410 § 1, *sub* 3° B.W.) (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *Waarvan Akte* 2002, p. 14, nr. 11).

Dit betekent niet dat hij hiertoe telkenmale een apart verzoekschrift moet (laten) redigeren. Formeel gezien kan een en andere machtiging in een en hetzelfde verzoekschrift kaderen. Niettemin moet de voogd per voorgenomen (concrete) handeling toelichten en uiteenzetten met welke precieze draagwijdte en doelstelling de machtiging wordt gevraagd.

Zie ook: H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken – Wetten van 1990-1991*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, p. 127, nr. 26.

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* aan de zijde van de vrederechter die over het machtigingsvereiste “beschikt”: hij verleent machtiging voor elke specifieke handeling afzonderlijk, gebeurlijk in het raam van een en dezelfde beschikking.

Het moet met andere woorden een “bijzondere” machtiging betreffen (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 231).

Zie ook: art. 488*bis*, f § 3, tweede lid B.W.; F. BLONTROCK, *t.a.p.*, p. 117-118, nrs. 36-39; A. JADOUL, “La loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d’en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental”, *T.Vred.* 1991, 309-310; J.-P. MASSON, “Le nouveau régime de protection des biens des incapables majeurs”, *Rev. not. b.* 1992, p. 194, nr. 20; W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 175, nr. 29.

Het komt derhalve de vrederechter niet toe om reeds bij het aanduiden van de voogd (art. 393 B.W.) hem in algemene termen te machtigen om een of meerdere van de bedoelde handelingen te stellen. Wel kan de vrederechter bij de aanvang van de voogdij (inzonderheid in het raam van gebeurlijk overeenkomstig art. 391 B.W. te treffen dringende maatregelen, dan wel in het raam van een of meerdere van zijn voormelde basisbeschikkingen in de zin van art. 407 B.W.) voor een (of meerdere), maar dan wel specifiek bepaalde rechtshandeling(en) een bijzondere machtiging verlenen.

Zie ook: W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 174-175, nr. 370; E. DE GROOTE, *t.a.p.*, p. 4, nr. 6; E. VIEUJEAN, "Questions relatives à l'administration provisoire des biens appartenant à un majeur", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 1995, p. 26-27, nr. 26.

Zie bv. ook: Vred. Zinnik 2 april 1992, *J.L.M.B.* 1994, 426.

Dat het een bijzondere machtiging moet betreffen, betekent ook dat de voogd zich nadien moet houden aan datgene waarvoor hij toelating heeft: hij kan bezwaarlijk de hem verleende machtiging om een woning aan te kopen (art. 410 § 1, *sub* 9° B.W.) aanwenden om die woning aan te kopen samen met een nevenliggend stuk grond. Hij kan evenmin modaliteiten inlassen waarin de vrederechter niet heeft voorzien, zo bijvoorbeeld de aankoop mits betaling van een lijfrente. Niettemin moet het "gezonde verstand" spelen: *qui potest plus, potest minus* (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 401, nr. 94), hetgeen bijvoorbeeld betekent dat wanneer de voogd werd gemachtigd om een bepaalde lening aan te gaan (art. 410 § 1, *sub* 2° B.W.), hij diezelfde lening kan aangaan tegen een lagere rentevoet. Hij kan dat niet, tenzij met een nieuwe machtiging, wanneer de rentevoet is gestegen, ook al zou het om een zeer klein percentage gaan.

475 Anders dan inzake het voorlopig bewind, komt het de vrederechter geenszins toe, hetzij bij de aanduiding van de voogd, hetzij in de loop van de voogdij, het optreden van de voogd aan bijkomende, niet-wettelijk bepaalde (machtigings- of vorm)vereisten te onderwerpen voor de rechtshandelingen die hij zou aangeven.

Zie inzake het voorlopig bewind: M.E. DE SENY, "L'énumération des actes soumis à autorisation préalable du juge de paix, est-elle limitative ou exemplative?", noot onder Vred. Komen-Waasten 29 augustus 1996, *T.Vred.* 1997, 233; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 178, nr. 372; W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 174, nrs. 22-25; E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *T.B.B.R.* 1993, p. 123, nr. 41.

Waar, inzake het voorlopig bewind, de vrederechter een ruime keuze heeft bij de omschrijving van de beheersbevoegdheden aan de zijde van de voorlopige bewindvoerder, geniet de vrederechter die appreciatiebevoegdheid niet inzake de voogdij.

Zie inzake het voorlopig bewind o.m.: G. BENOIT, "Les critères de modulation de l'incapacité (art. 488bis, f §§ 1-5 du C.c.)", in G. BENOIT, I. BRANDON en J. GILLARDIN (eds.), *Malades mentaux et incapables majeurs – Emergence d'un nouveau statut civil*, Brussel, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, 305-314; F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 117, nr. 34; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 241-244, nrs. 312-313; J.-P. MASSON, "Le nouveau régime de protection des biens des incapables majeurs", *t.a.p.*, p. 189-192, nrs. 17-18; S. MOSSELMANS, "Voorlopig bewind – Verkwisters en een bijstandsregeling", noot onder Vred. Brakel 7 maart 1997, *T.Vred.* 1998, p. 354-362, nrs. 1-9; A.-M. VAN DEN BROECK, "Réflexions sur l'administration provisoire personnalisée", in G. BENOIT, I. BRANDON en J. GILLARDIN (eds.), *Malades mentaux et incapables majeurs – Emergence d'un nouveau statut civil*, Brussel, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, 383-393; M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 194, nr. 8.1; E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *t.a.p.*, p. 120-121, nr. 38; E. VIEUJEAN, "Questions relatives à l'administration provisoire des biens appartenant à un majeur", *t.a.p.*, p. 10-11, nr. 7 en p. 31-32, nr. 30.

De voogdij is met andere woorden een veeleer wettelijk afgebakend regime en de vrederechter heeft hier, veel minder dan inzake het voorlopig bewind, de mogelijkheid om te kneden gelet op de concrete situatie van de te beschermen persoon (E. VIEUJEAN, "L'administration provisoire", *t.a.p.*, p. 690, nr. 20).

476 Wel kan de vrederechter, in het raam van zijn machtigingsbevoegdheid, de mogelijkheid voor de voogd om de gevraagde rechtshandeling te stellen aan bepaalde voorwaarden onderwerpen.

Zie ook: Y. LELEU en M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 636, nr. 139; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 178, nr. 372.

Zo kan hij de machtiging tot verkoop van een onroerend goed afhankelijk maken van een bepaalde beleggingswijze van de koopprijs (Brussel 11 maart 1986, *Rev. not. b.* 1987, 49, noot R.D.V.; M. COENE, *t.a.p.*, 259). Zo ook kan de (vrede)rechter bij het verlenen van de machtiging om een (hypothecaire) lening aan te gaan (art. 410 § 1, *sub* 2° B.W.) bepaalde modaliteiten voorschrijven (Rb. Charleroi 23 november 1987, *T.B.B.R.* 1988, 483). Verder kan hij de machtiging om namens de minderjarige pupil een onroerend goed aan te kopen (art. 410 § 1, *sub* 9° B.W.), koppelen aan de voorwaarde dat de verkoper de (namens de pupil betaalde) prijs onder zich houdt en dat op het verkochte goed een hypotheek wordt toegestaan, dit alles tot aan de meerderjarigheid van de pupil (Cass. 19 december 1840, *Pas.* 1841, I, 34).

477 In het licht van het krachtens artikel 390, tweede lid B.W. gehandhaafde beginsel van (zij het niet-onaantastbare, art. 390, derde lid B.W.; *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 16-17) onveranderlijkheid van de zetel van de voogdij, moet de voogd zich richten tot de vrederechter van het kanton waar de voogdij is ontstaan (art. 390, eerste lid B.W.).

Vergelijk inzake het voorlopig bewind: E. DE GROOTE, *t.a.p.*, p. 5-6, nr. 9.

De principiële onveranderlijkheid van het bewindsforum blijft behouden na de Wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind (F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 152-153, nr. 328).

AFDELING III

RELEVANTIE VAN ARTIKEL 410 B.W. WAT BETREFT DE UITOEFENING VAN HET OUDERLIJK GEZAG

478 De vraag rijst of, en zo ja in welke mate, het toepassingsgebied van artikel 410 B.W. dat van de voogdij overstijgt wat betreft de uitoefening van het ouderlijk gezag.

Krachtens (het door de wetgever van 29 april 2001 gewijzigde en door de wetgever van 13 februari 2003 gerepareerde) artikel 378 § 1, eerste lid B.W., is immers voor de ouder(s) de machtiging van de vrederechter vereist om nagenoeg alle in artikel 410 § 1 bepaalde (rechts)handelingen te verrichten

waarvoor (ook) de voogd de bijzondere machtiging van de vrederechter moet verkrijgen. Dit zijn er een pak meer dan voorheen: zelfs bepaalde handelingen die vroeger zowel de ouder(s) als de voogd “vormvrij” konden stellen.

Blijkbaar acht de wetgever het “logisch” het (voorheen bestaande) parallelisme tussen de regels die van toepassing zijn inzake de voogdij en die welke gelden voor minderjarigen onder ouderlijk gezag (waarbij vroeger het machtigingsvereiste van de rechtbank van eerste aanleg gold voor diezelfde handelingen waarvoor ook de voogd de machtiging van de familierraad en homologatie door de rechtbank van eerste aanleg moest vragen) door te trekken (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 14).

479 Een uitgebreide bespreking van de bedoelde link met het ouderlijke goederenbeheer volgt onder het laatste hoofdstuk van onderhavige titel.

Behoudens een en andere nuancering, geldt hetgeen hierna wordt besproken omtrent de belangrijke (rechts)handelingen waarvoor machtiging is vereist, *mutatis mutandis* ook voor de ouder(s).

AFDELING IV

BELANGRIJKE RECHTSHANDELINGEN (WAARVOOR MACHTIGING IS VEREIST)

§ 1. Vervreemding van goederen van de pupil

A. MACHTIGINGSVEREISTE VOOR DE VERVREEMDING VAN GOEDEREN VAN DE PUPIL

480 Krachtens de oude artikelen 457-458 B.W. had de voogd, die voornemens was een onroerend goed van zijn pupil te vervreemden, de voorafgaande machtiging van de familierraad nodig en de homologatie van de rechtbank van eerste aanleg.

De machtiging van de familierraad kon niet worden verleend dan “uit hoofde van een volstreekte noodzakelijkheid of van een klaarblijkelijk voordeel” (G. VAN OOSTERWYCK, “Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter”, in G. BAETEMAN (ed.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 67-71, nr. 30), op onaantastbare wijze te beoordelen door de feitenrechter (Cass. 3 november 1927, *Pas.* 1927, I, 318), maar waarbij aan een en ander echter niet cumulatief moest worden voldaan.

Zie met betrekking tot de homologatie: F. HERINCKX, “A partir de quel moment peut-on être certain d’être acquéreur d’un immeuble appartenant en tout ou en partie à un incapable mineur ou assimilé ou dépendant d’une masse faillie, dont la vente de gré à gré a été autorisée par le tribunal?”, in J.-L. LEDOUX en J. VAN COMPENOLLE (eds.), *Le notaire, le juge et l’avocat – Heurs et malheurs du notaire commis*, Brussel, Bruylant, 1996, 165-194.

Zie ook: E. DE GROOTE, “Verkoop van onroerende goederen toebehorend aan personen onder voorlopig bewind en aan minderjarigen”, *T. Not.* 1993, 476-479 en 484-485; Rb. Kortrijk 11 januari 1983, *T. Not.* 1983, 124, noot H.D.F.

Zoals vermeld, was de bedoelde dubbele formaliteit tevens vereist voor de vervreemding van roerende goederen van de pupil. Sinds het voormelde cassatiearrest van 6 mei 1943 viel immers elke (andere) daad van beschikking onder toepassing van voormelde bepalingen, dus ook de vervreemding van om het even welk lichamenlijk goed, met uitzondering van goederen die snel vergaan en van alle roerende waarden.

481 Krachtens artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. moet thans de vrederechter de voogd bijzondere machtiging verlenen om de goederen van de minderjarige te vervreemden.

Deze regel geldt niet:

- voor “vruchten en onbruikbare voorwerpen”;
- als het beheer is opgedragen aan een instelling bedoeld in artikel 407 § 1, *sub* 4° B.W.: het betreft de verkoop van effecten gedaan door een vermogensbeheerder aan wie de vrederechter het vermogensbeheer heeft toevertrouwd overeenkomstig artikel 407 § 3 B.W.

Zie: M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1507-1508, nr. 125; A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 309-310, nrs. 697-698.

Opmerkelijk is dat, anders dan in het net vermelde geval waarbij de vrederechter een vermogensbeheerder aanwijst die dan de bij hem gedeponeerde effecten en waardepapieren “vrij” kan kopen en verkopen, de voogd die zelf een vermogensbeheerder aanwijst wel “vrij” kan kopen maar niet verkopen (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 31, nr. 21).

482 Dit is ook het geval inzake het voorlopig bewind, waar de voorlopige bewindvoerder (krachtens art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* b B.W.) slechts met een bijzondere machtiging van de vrederechter “de roerende en onroerende goederen van de beschermde persoon kan vervreemden” (G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, in *Liber amicorum Prof. dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen België, 1997, p. 310-311, nr. 22). Nu alle goederen toch hetzij roerend hetzij onroerend zijn, laat de wetgever nu (in art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.) deze overbodige nuance achterwege (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 32, nr. 35). Bovendien maakt hij (in het licht van de praktijk) een uitzondering voor de vervreemding van de vruchten en de onbruikbare voorwerpen (omdat het onredelijk is ook te dezen een voorafgaande machtiging te eisen).

B. VERFREEMDEN

483 Zoals ook in het oude artikel 457 B.W., slaat de term “vervreemden” op alle vormen van vervreemding en niet enkel op de verkoop of de eigendoms-overdracht (A. WYLLEMAN, *t.a.p.*, p. 308, nr. 696).

Zie over het oude artikel 457 B.W.: P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 124-125, nr. 80; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 64.

Ook een ruil, een inbreng in een vennootschap en de vestiging van een zakelijk recht (zoals een erfdiensbaarheid, een vruchtgebruik, een erfpacht en een opstal) is onderworpen aan het bedoelde machtigingsvereiste.

Zie wat de ruil betreft: C. DE BUSSCHERE, "Nieuw artikel 411 B.W.: Is ruil van goederen tussen een minderjarige en zijn voogd of toezienende voogd wettelijk mogelijk of daarentegen wettelijk absoluut verboden?", *T. Not.* 2002, p. 193, nr. 5.

Zie voorts: Cass. 3 november 1927, *Pas.* 1927, I, 318; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 34-35, nr. 26; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 32, nr. 35; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1507, nr. 124.

Zie ook: F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 119, nr. 43.

Zie zelfs: Vred. Sint-Gillis 28 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 210, noot met betrekking tot de overdracht van onverdeelde rechten.

Ook de (conventionele; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 126, nr. 84) hypotheekverstrekking en de in pandgeving van de goederen van de pupil vallen eronder, ook al herneemt artikel 410 § 1, *sub* 3° B.W. de bedoelde verrichtingen. Deze "alternatieve" vormen van vervreemding blijken evenwel in de praktijk zelden voor te komen. Wanneer zij zich voordoen, gelast de vrederechter een deskundige om de waarde van de goederen te schatten.

In het licht hiervan komt een beschikking van de Vrederechter te Maaseik ongelukkig over: de vrederechter wijst het (krachtens art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* b B.W. gestelde) verzoek strekkende "tot verzaking en opheffing van het vruchtgebruik met betrekking tot een aantal (on)bebouwde onroerende goederen, ten einde te kunnen overgaan tot verkoop uit de hand ervan" af als zijnde zonder voorwerp omdat "uit de verstrekte gegevens blijkt dat de beschermde persoon enkel als vruchtgebruiker gerechtigd is in de kwestieuze onroerende goederen, niet als eigenaar of als mede-eigenaar". Er bestaat immers geen onverdeeldheid tussen de vruchtgebruiker en de blote eigenaar, hoewel het vruchtgebruik kan worden beschouwd als een deel van het eigendomsrecht: een onverdeeldheid onderstelt een samenloop van identieke rechten op dezelfde zaak (Cass. 2 december 1880, *Pas.* 1881, I, 72). De vermelde vrederechter besluit dat "er geen enkele bepaling is welke voor de verzaking of de opheffing van het vruchtgebruik en voor de verkoop ervan machtiging van de vrederechter vereist, zodat het verzoek zonder voorwerp is" (Vred. Maaseik 5 december 1997, *T. Not.* 2001, 628).

Deze beslissing is voor enige kritiek vatbaar. De bewindvoerder kan bezwaarlijk, zonder enige machtiging en zonder bijzondere pleegvormen in acht te nemen, samen met de bekwame meerderjarige naakte eigenaars overgaan tot verkoop (uit de hand) van een onroerend goed waarop het vruchtgebruik weegt van de pupil: (bijzondere) machtiging is vereist voor de vervreemding van aan de pupil toebehorende (onroerende) goederen, zo ook voor de vervreemding van het recht van vruchtgebruik waarvan de pupil titularis is (art. 526 B.W.) (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1279, nr. 1390; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 125, nr. 80 en p. 251, nr. 321; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle

tutelle”, *t.a.p.*, p. 32, nr. 35; E. VIEUJEAN, “Questions relatives à l’administration provisoire des biens appartenant à un majeur”, *t.a.p.*, p. 22, nr. 21). De vraag of de pupil al dan niet als mede-eigenaar dan wel als vruchtgebruiker moet worden aangezien, is volkomen irrelevant.

Wel rijst de vraag of een bewindvoerder namens zijn pupil het vruchtgebruik kan verzaken waarvan deze laatste titularis is (F. DEBUCQUOY, noot onder Vred. Maaseik 5 december 1997, *T. Not.* 2001, p. 628-629, nr. 2). Zoals reeds eerder gezegd, moet het vermogensbeheer bovenal gericht zijn op de zorg voor het vermogen van de pupil. *In se* kan de beheerder enkel deze handelingen stellen die nodig of nuttig zijn voor het behoud van het bedoelde vermogen: rechtshandelingen die een “tegenprestatieloze” verarming betekenen van het bewindsvermogen, zoals de tegenprestatieloze afstand van een recht, zijn onverenigbaar met deze doelgebonden bewindsbevoegdheid (Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 134-135, nr. 194; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1294, nr. 1409 en p. 1295, nr. 1412; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 258, nr. 333, e). Principieel is het verboden om (te kostelozen titel) vruchtgebruik te verzaken: de vrederechter kan zelfs niet machtigen. Toch zijn uitzonderingen niet uitgesloten, bijvoorbeeld wanneer de lasten van het vruchtgebruik (gebeurt ook de zware kosten van onderhoud en herstelling) niet meer opwegen tegen het genot van de zaak (F. DEBUCQUOY, *t.a.p.*, p. 631-632, nr. 2).

484 Ingeval de voogdij ontstaat nadat reeds een rechtsgeldige onderhandse koop-verkoopovereenkomst is gesloten (compromis), kan de aangeduide voogd namens de pupil (die, ingevolge het overlijden waardoor de voogdij is ontstaan, het bedoelde goed heeft geërfd) de notariële akte ondertekenen zonder de bedoelde machtiging te moeten benaarstigen.

Zie: Rb. Antwerpen 15 oktober 1970, *R.W.* 1970-71, 516; G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, “Overzicht van rechtspraak (1964-1974): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1976, p. 503-504, nr. 149; C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 397, nr. 93; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes”, *R.C.J.B.* 1977, p. 524, nr. 23; A. WALLEMACQ, “De certaines ventes d’immeubles ou des possibilités nouvelles de vendre de gré à gré les immeubles dépendant du patrimoine des mineurs, faillis et autres dont l’intérêt est protégé par la loi (Code judiciaire, articles 1186 à 1193ter)”, *J.T.* 1981, p. 282, nr. 13.

Vgl.: M.-H. MIGNON-GILLES, “Vente d’immeubles appartenant en tout ou en partie à des mineurs: vente de gré à gré ou vente publique?”, *Rev. not. b.* 1979, p. 338, nr. 10.

Het overlijden van de verkoper schept aan de zijde van zijn rechtsoptvolger(s) geen verplichting tot hernieuwing of bekrachtiging van een reeds (door de erfflater) voltrokken *negotium*.

In die optiek zij verwezen naar: Vred. Eigenbrakel 31 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 232, noot. Beide ouders onderschrijven een compromis met betrekking tot de aankoop van een onroerend goed. Vóór het verlijden van de authentieke akte, overlijdt de moeder. De vrederechter stelt vast dat de *negotium* is voltrokken (ook al is de eigendomsoverdracht uitgesteld tot bij het verlijden van de authentieke akte), zodat de vader geen machtiging behoeft om de verkoop te finaliseren (art. 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1, *sub* 1° B.W.). De minderjarige kinderen hebben als erfgenamen van hun moeder uiteraard aanspraken met betrekking tot haar aandeel in het aangekochte goed.

485 Hetzelfde geldt wanneer die rechtsvoorganger een eenzijdige verkoopbelofte zou hebben onderschreven (want ook dan bestaat de verbintenis reeds) of nog wanneer het bewijs wordt geleverd van een vooraf bestaande mondelinge wederkerige verkoopbelofte (Rb. Bergen 21 mei 1910, *Pas.* 1912, III, 160; Rb. Dendermonde 31 juli 1913, *Pas.* 1914, III, 267; G. VAN OOSTERWYCK, “Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter”, *t.a.p.*, p. 47, nr. 22; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes”, *t.a.p.*, p. 524-525, nr. 23 en voetnoot 20). Gelijkaardig is het geval waarbij de vervreemding voortvloeit uit een (reeds gemachtigde) eenzijdige verkoopbelofte van de (inmiddels overleden) ouders van de minderjarige (E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes”, *t.a.p.*, p. 524-525, nr. 23 en voetnoot 20).

486 Nu de werking van de voogdij inzake het vermogen inzonderheid doelt op het in stand houden, het doen opbrengen en het (doen) vermeerderen van het te beheren vermogen, moet de vervreemding van (belangrijke) vermogensbestanddelen van de pupil met alle omzichtigheid worden beoordeeld (G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 292-294, nrs. 5.2.-5.3 en p. 305, nr. 15).

Ter illustratie zij verwezen naar een vonnis van de Vrederechter van het twaalfde kanton te Antwerpen, waarbij het verzoek tot machtiging om een geheel aan de pupil toebehorend appartement te Oostende uit de hand te verkopen, wordt afgewezen (Vred. Antwerpen (twaalfde kanton) 20 december 2002, *T. Vred.* 2004, 207, noot). De vrederechter overweegt hierbij dat de wetgever door het toekennen van de in artikel 410 § 1 B.W. neergelegde machtigingsbevoegdheid “impliciet doch onbetwistbaar heeft beoogd de vrederechter, aan de hand van verstrekte concrete gegevens en tevens aan de hand van alle zo nodig door hem in te winnen inlichtingen, te laten beslissen over de opportuniteit van een dergelijk verzoek, waarbij het belang van de pupil en het goed en zorgvuldig beheer van diens patrimonium de leidraad vormen”. In acht genomen “dat een onroerend goed normaliter als een zeer stabiel vermogensbestanddeel moet worden beschouwd en in de huidige economische context de waarde ervan stijgt met gemiddeld 10 % per jaar zo de ligging gunstig is”, “dat kwestieus appartement gelegen is te Oostende, een bij uitstek toeristische trekpleister zowel voor binnen- als voor buitenlanders, en deel uitmaakt van een gebouw op de zeedijk, zij het zonder zicht op zee omdat het aan de achterzijde van het complex is gesitueerd”, “dat de uiterst gunstige ligging van het appartement met een kelder in het gebouw dat volop gerenoveerd wordt en beschikt over een lift, niet alleen een waardestijging van het pand in het vooruitzicht stelt doch bovendien de verhuring ervan nagenoeg zeker garandeert”, “dat de huurprijs van slechts enkele maanden de jaarlijkse kosten verbonden aan het eigendom zal kunnen compenseren”, “dat de opbrengst van de verhuring voorts veruit deze van een belegging van de eventuele verkoopprijs op een spaarboekje zal overtreffen” en “dat de wettelijke beheerder die niet in staat is zelf potentiële huurders aan te trekken, zich aan

de Belgische kust kan wenden tot een lange resem van agentschappen gespecialiseerd in het optimaal laten renderen van een pand aldaar”, besluit de vrederechter dat op het machtigingsverzoek niet kan worden ingegaan “waar dit niet in het belang van de pupil is”.

In diezelfde optiek oordeelt de Vrederechter te Eigenbrakel niet te kunnen ingaan op het verzoek om een aandelenportefeuille te mogen verkopen waarin een (minderjarige) pupil deelgerechtigd is (Vred. Eigenbrakel 31 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 229, noot). Na te hebben vastgesteld dat de verzoekende ouder de verkoop beoogt ten einde een eertijds met zijn vooroverleden echtgenote aangegane bankschuld te kunnen voldoen, overweegt de vrederechter “qu’*en l’état actuel des choses, la vente de la totalité d’un portefeuille titres en vue d’honorer les engagements du requérant et de ses quatre enfants majeurs ne présente aucun intérêt pour l’enfant mineur*”. In een later vonnis willigt de vrederechter het verzoek toch in (Vred. Eigenbrakel 12 mei 2003, *T. Vred.* 2004, 230, noot). Intussen is immers gebleken welke pijnlijke gevolgen het niet-voldoen van de vermelde bankschuld zou kunnen hebben voor het bedoelde gezin. De vrederechter stelt een voogd *ad hoc* aan ter vertegenwoordiging van de pupil bij de verdere afhandeling van de transactie.

C. SCHENKEN EN TESTEREN

487 Daarnaast is het de voogd (in de regel) verboden rechtshandelingen om niet betreffende de goederen van zijn pupil te stellen (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 34, nr. 25; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 194, nr. 1296). De voogd mag dus noch rechtstreeks noch onrechtstreeks schenkingen doen uit het vermogen van zijn pupil, (in de regel) zelfs niet met machtiging van de vrederechter.

Zie: G. BAETEMAN en J. GERLO, “Overzicht van rechtspraak (1975-1980): Personen- en Familierecht”, *T.P.R.* 1981, p. 943, nr. 250.

Zie voor een toepassing: Rb. Brussel 17 januari 1977, *J.T.* 1977, 440, in verband met de vervreemding van een goed aan de pupil mits onderhoudsprestaties te zijnen laste, waarbij ten gevolge van het ontbreken van enige evenredigheid tussen de winst- en verlieskansen voor beide partijen, de overeenkomst niet kan worden beschouwd als een kanscontract te bezwarenden titel, maar wel als een verboden onrechtstreekse dan wel vermomde schenking, een zogeheten *bail à nourriture*.

Vgl.: *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 28.

488 Schenken is immers een hoogstpersoonlijke handeling die de persoonlijke wil veronderstelt om te begiftigen (de zogeheten “*animus donandi*”) en die zich aldus verzet tegen vertegenwoordiging in de zin van artikel 405 § 1, tweede lid B.W.

Zie ook: E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 9, nr. 24; P. DELNOY, “Les libéralités”, in *Chronique de droit à l’usage du notariat*, XXI, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 1995, 349-350.

Waar bij een onder bezwarende titel gestelde rechtshandeling de (objectieve) oorzaak van de prestatie van de pupil is gelegen in de tegenprestatie van de medecontractant(en), ontbreekt bij een schenking een dergelijke (gelijkwaardige) tegenprestatie.

Zie wel: I. CLAEYS en S. STJNS, "Het algemeen regime van de verbintenis", in *Themiscahier – Verbintennisrecht*, Brugge, die Keure, 2001, p. 8-9, nrs. 6-8.

Ook bij een schenking met last is ze in elk geval veel geringer dan de prestatie van de schenker.

Vgl.: F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 119-120, nr. 44.

De oorzaak van de schenking ligt veeleer in de vrijgevigheidsmotieven die eraan ten grondslag liggen. Zij zijn erg aan de persoon van de schenker gebonden en kunnen niet door een derde worden geapprecieerd, dan wel uitgeoefend.

Zie ook: H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", *t.a.p.*, p. 137, nr. 39; M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften", *T.P.R.* 1994, p. 1637, nr. 33; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 186, nr. 381.

Vertegenwoordiging in het schenkingsrecht geldt dan ook enkel wanneer de schenker, zich baserend op zijn *animus donandi* en de onderliggende motieven (behoudens de omschrijving van het voorwerp van zijn gift) zelf zijn vertegenwoordiger kan aanduiden.

Vgl.: F. SWENNEN, "Voorlopig bewind en testamenten", noot onder Vred. Sint-Niklaas 27 augustus 2001, *R.W.* 2001-01, p. 1146-1147, nr. 11; F. SWENNEN, *a.w.*, p. 344-356, nrs. 434-450. Vgl. voorts: Vred. Westerlo 27 augustus 2004, inzake met A.R. nr. 04.B141, *onuitgeg.*

489 Bovendien zij verwezen naar de economische grondgedachte waarop elke vorm van bewind steunt (P. DELNOY, "Les libéralités", *t.a.p.*, 350; M. PUELINCKX-COENE, "Vrijgevigheid, een privilege van gezonden van geest", *R.W.* 1979-80, 509; A. WYLLEMAN, "Twee jaar voorlopig bewind", in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een post-moderne samenleving – 20 jaar Post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, p. 155-156, nr. 36). Aldus kan elk bewind enkel die handelingen omvatten die nodig of nuttig zijn voor het behoud en de niet-speculatieve vermeerdering van de waarde van de onder bewind gestelde zaak, alsook voor een redelijke vruchtdraging (Rb. Brussel 17 januari 1977, *J.T.* 1977, 440; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 186-187, nr. 381; F. SWENNEN, *a.w.*, p. 294-295, nr. 375; W. VAN GERVEN, *a.w.*, p. 67, nr. 40). Inzake de voogdij omschrijft DE PAGE dit als volgt: "Pour certains actes, l'interdiction résulte des textes. Pour d'autres, la loi est muette et la solution doit se déduire des principes généraux. Il convient alors de se rappeler que, malgré le système traditionnel de la plénitude des pouvoirs du tuteur, ce dernier demeure toujours un administrateur des biens d'autrui, et que, même en donnant à ce rôle la portée la plus étendue, il ne peut jamais être question que de conserver, de faire fructifier et d'augmenter le patrimoine pupillaire. Tel est, en somme, le

critère rationnel qui domine la matière.” (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1288-1289, nr. 1402).

Nu beschikkingen om niet tot een vermindering van het te beheren vermogen leiden (in wezen zonder evenwaardige tegenprestatie), kaderen zij (in de regel) niet in het beheer van een goede huisvader in de zin van artikel 405 § 1, derde lid B.W. (strekken tot het in stand houden van het patrimonium, waarmee het te kostelozen titel beschikken niet in overeenstemming kan worden gebracht) (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1294-1295, nrs. 1409-1410; W. VAN GERVEN, *a.w.*, p. 69-70, nr. 41; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 187, nr. 381).

Zie bv. wel: Vred. Maaseik 5 juli 1996, *T. Not.* 2001, 118 (noot F. DEBUCQUOY), waarbij, nu de stedelijke overheid te Maaseik het afleveren van een verkavelingsvergunning afhankelijk stelt van de kosteloze afstand van grond, de vrederechter aan de voorlopige bewindvoerder machtiging verleent om namens de beschermde persoon die kosteloze afstand te doen, nu het belang van de beschermde persoon wel degelijk door de gevraagde “gratis” grondafstand wordt gediend. De omstandigheid dat door de afstand van de grond een verkavelingsvergunning zal worden verkregen, is immers een belangrijk voordeel voor de beschermde persoon.

Dit geldt voor alle schenkingen zowel naar de vorm als naar de inhoud, met name schenkingen bij authentieke akte, handgiften, onrechtstreekse en vermomde schenkingen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1294-1295, nr. 1410).

490 In de praktijk kan de voogd evenwel bescheiden handgiften doen, zoals gebruikelijke giften en aalmoezen die in verhouding staan tot het te beheren vermogen.

Zie bv. ook: Vred. Roeselare 27 februari 1996, *R.W.* 1997-98, 964; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1295, nr. 1410; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 187, nr. 382; G. VAN EYGEN, “Art. 903 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1994, p. 3, nr. 1, voetnoot 4; W. VAN GERVEN, *a.w.*, p. 70, nr. 41.

491 Het spreekt voor zich dat de voogd namens zijn pupil geen testament (art. 895 B.W.) kan maken, inzonderheid gelet op het essentiële (hoogst)persoonlijke karakter van deze eenzijdige rechtshandeling (dat hoe dan ook geen vertegenwoordiging toelaat), alsook (doch in mindere mate) gelet op voormelde economische grondgedachte waarop elke vorm van bewind steunt (W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 177-178, nrs. 37-38; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1993-1998): Giften”, *T.P.R.* 1999, p. 805, nr. 40).

D. KAN DE PUPIL ZELF GIFTEN DOEN?

492 Het principe dat elke persoon rechts- en handelingsbekwaam is, behoudens de bij wet bepaalde uitzonderingen, geldt evenzeer voor giften (art. 1123 en 902 B.W.).

493 Krachtens artikel 903 B.W. kan de minderjarige die niet de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, echter geenszins beschikken (om niet), (behoudens

het bepaalde in Boek III, Titel II, Hoofdstuk IX “Beschikkingen tussen echtgenoten, hetzij bij huwelijkscontract, hetzij tijdens het huwelijk”) (G. VAN EYGEN, *t.a.p.*, p. 1-17, nrs. 1-31). Voor wat de schenkingen betreft, geldt de onbekwaamheid eveneens voor de (al dan niet ontvoogde) minderjarigen die (wel) de leeftijd van zestien jaar hebben bereikt, welke ook de vorm is waarin de schenking wordt gedaan (rechtstreekse schenking, onrechtstreekse schenking, handgift, vermomde schenking). Krachtens artikel 904 B.W. kan de minderjarige die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, wel bij testament beschikken, maar slechts ten belope van de helft van de goederen waarover de wet de meerderjarige toelaat te beschikken (G. VAN EYGEN, “Art. 904 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1994, p. 1-8, nrs. 1-14). Aldus mag de zestienjarige beschikken over de helft van het beschikbare deel (bepaald op het ogenblik van het overlijden, zulks in overeenstemming met de art. 920-922 B.W. waaruit blijkt dat de reserve en mitsdien ook het beschikbare deel berekend worden op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap), onafhankelijk van het aantal en de aard van de erfgenamen. Krachtens artikel 907, eerste lid B.W. kan de minderjarige dan weer, al heeft hij de leeftijd van zestien jaar bereikt, zelfs bij testament, geen beschikking maken ten behoeve van zijn voogd (S. MOSSELMANS, “Art. 907 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 6-8, nrs. 12-17). Aldus mag de zestienjarige ten voordele van zijn voogd geen testament maken, daar waar hij ten voordele van andere personen een “halve” bevoegdheid heeft.

494 Nu het, zoals vermeld, (in de regel) ook de voogd verboden is rechtshandelingen om niet namens zijn pupil (betreffende diens goederen) te stellen, gaat het hier in wezen (voor de minderjarige) om een rechtsonbekwaamheid om giften te doen.

De rechter heeft niet de mogelijkheid de pupil rechtstreeks te machtigen om eender welke rechtshandeling zelf te stellen: een beschermde persoon kan geen handelingen stellen in strijd met zijn (on)bekwaamheid (F. SWENNEN, “Voorlopig bewind en testamenten”, *t.a.p.*, p. 1146, nr. 10).

Vgl. inzake het voorlopig bewind: M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSENS, *t.a.p.*, p. 801-805, nrs. 33-39; E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 20, nr. 66; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 182-185, nrs. 379-380; PUELINCKX-COENE, “Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften”, *t.a.p.*, p. 1636-1638, nr. 33; F. SWENNEN, “Voorlopig bewind en testamenten”, *t.a.p.*, p. 1143-1145, nrs. 1-8.

Zie voor een toepassing: Vred. Hasselt 30 april 2001, *R.W.* 2003-04, 149; de door de beschermde persoon gedane handgift is nietig; na diens overlijden, kunnen de erfgenamen de vordering tot nietigverklaring instellen.

Met de Wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind is er een specifieke regeling gekomen die de beschermde persoon toestaat om giften te doen met machtiging van de vrede-rechter (art. 488bis, h § 2 B.W.); zie hierover: W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 35-40, nrs. 80-91; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 179-186, nrs. 383-396; E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *t.a.p.*, p. 682-684, nrs. 14-15; zie voorts: Vred. Westerlo 25 augustus 2004 inzake met A.R. nr. 04.B093, *onuitg.*; Vred. Westerlo 27 augustus 2004, inzake met A.R. nr. 04.B141, *onuitg.*

495 Ook de verlengd minderjarigen (wier statuut, krachtens art. 487bis, vierde lid B.W., “ten aanzien van zijn persoon en zijn goederen” overeenstemt met dat van een minderjarige beneden de vijftien jaar) en de gerechtelijk onbekwaamverklearde geesteszieken zijn in wezen (rechts)onbekwaam om giften te doen (M. PUELINCKX-COENE, “Art. 902 B.W.”, in J. BAEI, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1991, p. 13, nr. 21).

Zie wat betreft het statuut van de verlengd minderjarigen: P. SENAËVE, “Een kwart eeuw toepassing van de wet op de verlengde minderjarigheid”, in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 217 e.v., nrs. 441 e.v.

Krachtens artikel 502 B.W. zijn overigens “alle handelingen”, zo ook giften, door de (gerechtelijk) onbekwaamverklearde verricht na de dag van het vonnis van gerechtelijke onbekwaamverklaring rechtens (doch relatief) nietig, zonder dat bijvoorbeeld moet worden bewezen dat de bedoelde persoon op het ogenblik van de gift niet meer over zijn geestesvermogens beschikte (Cass. 8 september 1989, *Pas.* 1990, I, 21; Bergen 25 juni 1985, *Rev. not. b.* 1986, 344; Rb. Luik 5 december 1988, *J.L.M.B.* 1990, 506; M. PUELINCKX-COENE, “Art. 902 B.W.”, *t.a.p.*, p. 10-11, nr. 18; M. PUELINCKX-COENE, “Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften”, *t.a.p.*, p. 1634-1635, nr. 29).

Dit impliceert echter niet dat de gerechtelijk onbekwaamverklearde dientengevolge ook rechts-onbekwaam is om nog goederen over te dragen: aldus kan een testament dat vóór de onbekwaamverklaring op een geldige wijze en met het nodige oordeelsvermogen tot stand kwam, ook na de onbekwaamverklaring nog uitwerking krijgen; zie ook: Rb. Brussel 20 februari 1987, *T.B.B.R.* 1988, 134; M. PUELINCKX-COENE, “Art. 902 B.W.”, *t.a.p.*, p. 12-13, nr. 20.

Tijdens de procedure van onbekwaamverklaring blijft hij evenwel handelingsbekwaam. De handelingen die vóór de onbekwaamverklaring verricht zijn (bv. de redactie van een testament), kunnen wel vernietigd worden indien de oorzaak van de onbekwaamverklaring “kennelijk” bestond ten tijde dat die handelingen zijn verricht (art. 503 B.W.) (M. PUELINCKX-COENE, “Art. 902 B.W.”, *t.a.p.*, p. 11-12, nr. 19; M. PUELINCKX-COENE, “Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften”, *t.a.p.*, p. 1635-1636, nr. 30). Dienaangaande geniet de rechter hoe dan ook een discretionaire beoordelingsbevoegdheid (Cass. 5 september 1968, *Pas.* 1969, I, 19; Rb. Hoei 3 juli 1946, *Pas.* 1948, III, 25; Rb. Bergen 1 april 1963, *Pas.* 1963, III, 76). Vóór de onbekwaamverklaring verrichte giften kunnen hoe dan ook op grond van artikel 901 B.W. (dat voor het stellen van giften een “gezonde geest” vooropstelt) worden aangevochten (M. PUELINCKX-COENE, “Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften”, *t.a.p.*, p. 1636, nr. 31).

Zie meer uitgebreid wat betreft het vereiste van gezondheid van geest bij giften: H. NYS, “Art. 901 B.W.”, in J. BAEI, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1987, 1-13.

E. DOOR DE WET ZELF OPGELEGDE VERVREEMDING

496 Het spreekt voor zich dat, zo de wet (elders) zelf de vervreemding oplegt, bijvoorbeeld ingevolge (uitvoerend) beslag of in geval van (publieke) onteigening, artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. geen toepassing vindt.

Zie: E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 33, nr. 35; zie wel: M. GEVERS, *La tutelle et l'administration légale – Essai de réforme*, Brussel/Parijs, Bruylant/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1947, 116: "D'autre part, si, au cours d'une vente forcée, interviennent des circonstances qui la transforment en réalité en vente volontaire ou nécessitent une initiative de la part du tuteur, l'autorisation du juge des tutelles devrait être demandée."

Zie wat betreft uitvoerend beslag: N. DELFORGE, "Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet", *Waarvan Akte* 2003, p. 18-19, nrs. 40-43.

Zie wat betreft de publieke onteigening: P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 125-126, nr. 81; zie wel: G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 54-55, nr. 28.3.1.3 en p. 56, nr. 28.3.2.2.

Zie ook: F. DEBUCQUOY, "Het verkavelen door de voorlopige bewindvoerder van gronden toebehorend aan de beschermde persoon, zonder aanleg van nieuwe verkeerswegen, tracéwijziging, verbreding of opheffing van bestaande gemeentelijke verkeerswegen", noot onder Vred. Maaseik 5 juli 1996, *T. Not.* 2001, p. 122-123, nr. 3, voetnoot 12.

Artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. betreft enkel daden van "vrijwillige" vervreemding (C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *t.a.p.*, p. 397, nr. 93).

F. IN BEGINSSEL VEREISTE OPENBARE VERKOPING

497 Niettegenstaande de algemene term "vervreemding" in (het oude en het nieuwe) artikel 1186, eerste lid Ger.W., zijn voormelde alternatieve vormen van vervreemding (de ruil, de inbreng in een vennootschap, de vestiging van een zakelijk recht) niet onderworpen aan de (vorm)vereisten van de artikelen 1186-1187, 1191-1193*bis* en 1204*bis* Ger.W. (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 64-65; S. THIELEN, "Administration légale et tutelle: actes soumis à autorisation", in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, p. 101, nr. 5, voetnoot 6).

498 In beginsel moet de verkoop (zowel van roerende als) van (onroerende) goederen die geheel of ten dele aan de pupil toebehoren (gebeurlijk in mede-eigendom) bij wijze van openbare verkoping gebeuren.

Zie bv. inzake de onteigening van een (geheel of ten dele) aan de pupil toebehorend onroerend goed: E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1960-1964): Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1966, p. 224-225, nr. 50.

499 Vóór de Wet van 18 februari 1981 "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft bepaalde verkopen van onroerende goederen" mochten de onroerende goederen alleen maar openbaar verkocht worden, wat in bepaalde gevallen strijdig was met de belangen van de pupil.

Zie: H. CASMAN, "La loi du 18 février 1981 modifiant le Code judiciaire en matière de certaines ventes d'immeubles", *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 235-245; R. GOTZEN, "Nieuwe verkoopmogelijkheden voor onroerende goederen van beschermde personen", *R.W.* 1980-81, 2217-2222, nrs. 1-4; J.-L. RENS, "Bepaalde gerechtelijke verkopen uit de hand", *T. Not.* 1981, 135-140; A. WALLEMACQ, *t.a.p.*, p. 281-283, nrs. 1-32; P. WATELET, "Du nouveau dans les ventes d'immeubles appartenant à des mineurs ou dépendant d'une masse faillie", *Rev. not. b.* 1981, p. 123-127, nrs. 1-11.

Er ontstond dan ook een tegen de (oude) wettekst (*contra legem*) ingaande rechtspraak waarbij verkopen uit de hand werden toegestaan.

Zie: G. BAETEMAN en J. GERLO, *t.a.p.*, p. 937-938, nr. 243; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 70; G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 71-72, nr. 31.1; E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes", *t.a.p.*, p. 522, nr. 23.

Deze rechtspraak kan ook nu nog inspirerend werken ter invulling van het criterium van het belang aan de zijde van de pupil (G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 73-75, nr. 31.4).

Sinds voormelde wet (oud art. 1193bis Ger.W.) kan de verkoop eveneens uit de hand gebeuren wanneer het belang van de pupil dit vereist.

Zie terzake o.m.: Gent 7 juni 1985, *T.G.R.* 1985, 113; Rb. Kortrijk 24 januari 1984, *Rec. gén. enr. not.* 1985, 95; Rb. Tongeren 10 juni 1998, *T. Not.* 1998, 466; G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 503, nr. 149.

Zie ook reeds bv.: Brussel 23 november 1970, *R.W.* 1970-71, 763; Brussel 23 augustus 1974, *Rev. not. b.* 1974, 507; Rb. Charleroi 4 november 1971, *Rev. not. b.* 1972, 51; Rb. Antwerpen 15 juni 1972, *Rev. not. b.* 1973, 316; Rb. Bergen 13 december 1972, *T.Vred.* 1973, 221; Rb. Mechelen 4 april 1974, *T. Not.* 1975, 244; Rb. Nijvel 10 juli 1974, *Rev. not. b.* 1974, 509; Rb. Mechelen 26 november 1974, *T. Not.* 1975, 246; Rb. Brussel 23 december 1974, *Rev. not. b.* 1975, 153; Rb. Dendermonde 3 april 1980, *T. Not.* 1980, 305; Rb. Kortrijk 24 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 358, noot J.P.

Zie voorts: M. DE NYS en J. PIRET, "Les ventes de biens appartenant à des incapables ou à des personnes y assimilées – Verkoop van goederen, toebehorende aan onbekwamen en emede gelijkgestelde personen", *T.Vred.* 1972, 41-62; M. DONNAY, "Ventes judiciaires volontaires d'immeubles", *Rec. gén. enr. not.* 1972, nr. 21.536, p. 5-29; R. GOTZEN, "La vente de gré à gré d'immeubles appartenant à des mineurs", *J.T.* 1977, 635; R. GOTZEN, "Minderjarigheid en faillissement: het probleem van de verkoop der onroerende goederen", *R.W.* 1977-78, 1465-1468, nrs. 1-5; M.-H. MIGNON-GILLES, *t.a.p.*, p. 329-357, nrs. 1-26; J. PIRET, "Les ventes de biens appartenant à des incapables ou à des personnes y assimilées", *T.Vred.* 1975, 3-6; M. THUYSBAERT, "De la vente de gré à gré des immeubles appartenant à des mineurs", in *Mélanges en hommage au professeur Jean Baugniet*, Brussel, Services auxiliaires des revues notariales, 1976, 776-781; F. VAN DEN BRANDE, "Verkoping van onroerende goederen waarin minderjarigen gerechtigd zijn", *T. Not.* 1975, 241-244.

De openbare verkoping blijft evenwel theoretisch de regel, de verkoop uit de hand de uitzondering.

Zie: J.-L. RENS, "Bepaalde gerechtelijke verkopen uit de hand", *T. Not.* 1981, p. 136, nr. 2; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 291-292, nr. 5.1 en p. 305, nr. 14; A. WALLEMACQ, *t.a.p.*, p. 281, nrs. 6-7.

Zie bv.: Vred. Marchenne-au-Pont 9 maart 1990, *T.Vred.* 1991, 90.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: E. DE GROOTE, “Verkoop van onroerende goederen toebehorend aan personen onder voorlopig bewind en aan minderjarigen”, *t.a.p.*, 470; W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 176, nr. 30.2; J. VAN COMPERNOLLE, “Considérations sur la vente des biens des incapables majeurs pourvus d’un administrateur provisoire”, in *Liber amicorum Léon Raucant*, Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1992, p. 446, nr. 11; G. VAN OOSTERWYCK, “Enkele raakpunten tussen huwelijksgoederenrecht en voorlopig bewind”, in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, p. 757, nr. 5.1; G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 311, nr. 23.

De praktijk wijst vaak anders uit.

Zie: G. VAN OOSTERWYCK, “Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter”, *t.a.p.*, p. 77-79, nr. 31.7, die er op wijst dat de uitzonderingssituatie veeleer de regel is geworden.

Zie ook: C. DAUBANTON, *t.a.p.*, p. 199, nr. 11.

500 Thans herhaalt artikel 410 § 2, eerste lid B.W. dat de verkoop van roerende of onroerende goederen van de pupil openbaar gebeurt, maar dat aan de voogd machtiging kan worden verleend om de roerende of onroerende goederen uit de hand te verkopen.

Artikel 1193*bis* Ger.W. concretiseert de verkoop uit de hand van een aan de pupil toebehorend onroerend goed.

Zie ook: Rb. Luik 17 november 1988, *J.L.M.B.* 1989, 296; Luik 5 januari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 722, waarbij het derdenverzet door een derde hogere bieder tegen een vonnis tot homologatie van een verkoop uit de hand van een onroerend goed waarvan een minderjarige mede-eigenaar is, ontvankelijk wordt verklaard; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, “Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1994, p. 2324, nr. 501.

Artikel 1204*bis* Ger.W. concretiseert de verkoop uit de hand van een aan de pupil toebehorend roerend goed.

Vgl. nog: G. VAN OOSTERWYCK, “Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter”, *t.a.p.*, p. 75-76, nr. 31.4.

Hoewel met artikel 378 § 1, eerste lid B.W. het in artikel 410 B.W. bepaalde (nagenoeg) *in globo* is geëxtrapoleerd naar het ouderlijk gezag, geldt dit uiteraard evenzeer voor de artikelen 1193*bis* en 1204*bis* Ger.W. Waar de laatst vermelde bepaling er is gekomen op suggestie van het notariaat (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 73-74), heeft de wetgever echter bij vergetelheid de bedoelde extrapolatie niet aangepast in artikel 1204*bis* Ger.W.

Het notariaat was immers ten zeerste gekant tegen het nieuwe artikel 378 § 1, eerste lid B.W. (zie o.m.: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 16, p. 18-19, p. 22-24, p. 66-68 en p. 76-77; zie ook: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 61, nr. 53; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 114, nr. 30).

Ofschoon artikel 1204*bis* Ger.W. aldus (enkel) van toepassing lijkt voor de verkoop van roerende goederen die geheel of gedeeltelijk toebehoren aan minderjarigen “onder voogdij”, geldt een en ander, waar nodig, evengoed voor de minderjarigen onder ouderlijk gezag.

Sommige rechtsleer luidt evenwel anders.

Zie: M. GRÉGOIRE, "La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d'autorité parentale et de tutelle", *Rev. not. b.* 2002, p. 184, nr. 64.

Zie ook: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 16, nr. 80.

501 Zoals voorheen wordt deze machtiging (enkel) verleend indien het belang van de pupil dit vereist (art. 410 § 2, tweede lid B.W., 1193*bis*, eerste lid en 1204*bis* Ger.W.).

Het betreft een substantiële voorwaarde met het oog op de eigendomsoverdracht (Vred. Eeklo 29 augustus 1991, *T. Not.* 1992, 516, noot P. VAN HOESTENBERGHE).

De vrederechter geniet terzake een ruime appreciatiebevoegdheid, waarbij hij nagaat of de bedoelde verkoop uit de hand het belang van de pupil hoe dan ook beter dient.

Zie: H. CASMAN, "La loi du 18 février 1981 modifiant le Code judiciaire en matière de certaines ventes d'immeubles", *t.a.p.*, 239; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 108, nr. 21, voetnoot 25; G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 72-73, nr. 31.3; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 306-307, nr. 16.

Het verzoekschrift evenals de machtiging zelf vermelden uitdrukkelijk waarom de verkoop uit de hand het belang van de pupil (beter) dient (art. 410 § 2, tweede lid B.W., 1193*bis*, tweede lid en 1204*bis* Ger.W.).

Zie bv.: Vred. Antwerpen 10 november 1994, *T. Vred.* 1996, 278.

Zie ook: G. DE LEVAL: "Vente d'immeubles appartenant en tout ou en partie à une personne pourvue d'un administrateur provisoire – Loi du 18 juillet 1991 – Purge de l'immeuble", noot onder Vred. Marchenne-au-Pont 24 januari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 753; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 292-293, nr. 5.2 en inzonderheid p. 306-307, nr. 16.

Vgl. bv. de onvoldoende motivering bij: Rb. Hasselt 27 juni 1994, *Not. Fisc. M.* 1995, 23, (kritische) noot G. VAN OOSTERWYCK.

De verkoop uit de hand kan van de vaststelling van een minimum verkoopprijs afhankelijk worden gesteld (art. 1193*bis*, tweede lid Ger.W.).

Bij een voorgenomen verkoop uit de hand van een onroerend goed kan het beoogde belang van de pupil voornamelijk blijken uit het bijgevoegde schattingsverslag (van een deskundige landmeter-schatteer) in vergelijking met het (eveneens bij te voegen en door de vrederechter goed te keuren) ontwerp van verkoopakte (met prijsvermelding) opgesteld door een notaris (art. 410 § 2, tweede lid B.W. en 1193*bis*, derde en zesde lid Ger.W.).

Zie ook: Vred. Roeselare 15 mei 1998, *T. Vred.* 1998, 524.

De vrederechter beslist zelf of een (bijkomende) schatting nodig is. In voorkomend geval, duidt hij zelf de landmeter-schatteer aan. Een waardebevestiging door de notaris volstaat niet (N. DELFORGE en I. VOETEN, *t.a.p.*, p. 17, nr. 27).

Telkenmale is bij het met redenen omklede verzoekschrift een ontwerp van koopovereenkomst gevoegd (art. 1193*bis*, derde lid en 1204*bis* Ger.W.). De ontwerpakte van verkoop van een onroerend goed wordt bovendien gevoegd bij de machtigingsbeslissing (art. 1193*bis*, derde lid Ger.W.). Een exemplaar van de nadien ondertekende onderhandse overeenkomst strekkende tot verkoop van roerende goederen moet aan de vrederechter worden bezorgd (art. 1204*bis* Ger.W.).

De vrederechter wint de nodige inlichtingen in, inzonderheid het advies van eenieder die hij daartoe geschikt acht (art. 410 § 2, derde lid B.W.).

Het advies van het openbaar ministerie wordt niet ingewonnen. "Iedere beslissing" inzake de voorgedij, dus ook deze, wordt echter aan het openbaar ministerie ter kennis gebracht (art. 1233 § 1, sub 4° Ger.W.).

De vrederechter kan de personen die bij de akte partij zullen zijn, bevelen te verschijnen (art. 1193*bis*, vijfde lid en 1204*bis* Ger.W.).

Voorbeelden van verkopen uit de hand (van onroerende goederen) zijn (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 70):

- de verkoop van een af te breken krotwoning waarvoor gevreesd kan worden dat een openbare verkoop weinig liefhebbers zou aantrekken (Vred. Antwerpen 10 november 1994, *T.Vred.* 1996, 278),
 - de verkoop van een (ingesloten) erf met een zeer beperkte oppervlakte aan een aanpalende eigenaar,
 - de verkoop van een goed dat voordien (bij ontstentenis van een redelijke prijs) bij de openbare verkoop is ingehouden aan een koper die een aantrekkelijk aanbod doet,
 - de verkoop van een onroerend goed aan een persoon die een bedrag voorstelt dat onmogelijk bereikt kan worden in een openbare verkoop
- en
- de verkoop van een of meerdere kavels uit een verkaveling.

Wanneer het goed een te bescheiden waarde heeft, lijkt het eveneens aangewezen om de verkoop uit de hand toe te staan om de (buitensporige) kosten van een openbare verkoop te besparen. Hetzelfde geldt wanneer, gelet op de aard en/of de ligging van het goed, sowieso geen mededinging van meerdere liefhebbers denkbaar is (N. DELFORGE en I. VOETEN, *t.a.p.*, p. 17, nr. 26).

502 Uiteraard moeten de partijen zich houden aan de door de vrederechter geveerde verkoopvoorwaarden. Enkel materiële vergissingen kunnen worden hersteld zonder een nieuwe machtiging te moeten vragen. Wanneer voor het overige op enigerlei wijze geraakt wordt aan de ten behoeve van de pupil bepaalde verkoopvoorwaarden, is een nieuwe machtiging noodzakelijk. Dit is zeker het geval wanneer de vereiste waarborgen worden gewijzigd dan wel de betalingsmodaliteiten (C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 129, nr. 21, voetnoot 24; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 182, nr. 62).

G. ONROERENDE GOEDEREN

503 Te dezen heeft de wetgever steeds een grote interesse betoond. Onroerende goederen kennen, als waardevolle bestanddelen, in de regel dan ook een maximale beveiliging met het oog op het behoud ervan in het patrimonium van de pupil (G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 290-291, nr. 4). De wetgever onderwerpt de vervreemding ervan aan een streng toezicht, zo ook de verkoop (G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 293-294, nr. 5.3).

Zie voor een algemene bespreking: N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, in D. MEULEMANS (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 77-98; N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *Waarvan Akte* 2002, 11-20 (de hierna volgende verwijzingen gebeuren meestal naar deze publicatie); N. DELFORGE en I. VOETEN, “Het sluiten van een koopovereenkomst als verkoper of als koper”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, K.U.L.A.K., 2002, 11 p.

504 De notaris moet er steeds over waken dat voor iedere betaling van een koopprijs de kwijting wel degelijk door zowel de voogd als de toeziende voogd wordt gegeven (art. 409 § 2, eerste lid B.W.) (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 17, nr. 29). De enkele betaling aan en kwijting door de voogd werkt niet bevrijdend (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 110, nr. 25).

Voor de plaatsing van de bedoelde prijs zij verwezen naar artikel 409 § 2, tweede tot en met vierde lid B.W. (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 18, nr. 31). In het raam van artikel 9 § 1, derde lid van de Wet op het notarisambt, raadt DE BUSSCHERE de notarissen aan in hun akten welke een kwijting bevatten in de zin van artikel 409 § 2, eerste lid B.W., melding te maken van de letterlijke bewoordingen van artikel 409 § 2, tweede tot en met vierde lid B.W.: “aldus herinnert de instrumenterende notaris als raadsman de voogd en de toeziende voogd aan de wettelijke beleggingsverplichtingen” (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 396, nr. 92).

505 Verder moet de voogd zich laten machtigen om opheffing te verlenen van de ambtshalve inschrijving ten behoeve van de onbetaalde verkoper (art. 410 § 1, *sub* 1° B.W. *juncto* 35, *sub* 1° Hyp.W.). Om de inschrijving van dit voorrecht (art. 27, eerste lid Hyp.W.) te beletten wanneer de prijs wordt betaald door afgifte van een cheque (die niet als een bevrijdende betaling geldt) zou samen met de machtiging tot verkoop ook om ontslag van deze verplichting tot ambtshalve inschrijving aan de vrederechter kunnen worden ge-

vraagd. CASMAN adviseert terzake om deze machtiging enkel te vragen respectievelijk enkel te verlenen voor zover voor de betaling van de prijs een gecertificeerde cheque dan wel een bankcheque wordt overgemaakt (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 236).

Zie ook: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 35, nr. 26.

Vgl. inzake het voorlopig bewind: Vred. Westerlo 9 april 2002, *T. Vred.* 2004, 198 en Vred. Westerlo 26 april 2002, *R.W.* 2003-04, 1699, waarbij de vrederechter de voorlopige bewindvoerder een verbod oplegt om ontslag van ambtshalve inschrijving te verlenen. De vrederechter overweegt dat het feit dat de voorlopige bewindvoerder geen uitdrukkelijke vrederechterlijke machtiging behoeft om eventueel ontslag te verlenen van ambtshalve inschrijving, niet betekent dat de vrederechter geen verbod zou kunnen opleggen om ontslag van ambtshalve inschrijving te verlenen. In het onderhavige geval legt de vrederechter dergelijk verbod op. Indien aan de hypotheekbewaarder ontslag zou worden verleend tot het nemen van ambtshalve inschrijving, heeft dit voor de verkoper het verlies tot gevolg van zijn voorrecht en van zijn recht om de ontbinding te vorderen wegens niet-betaling van de koopsom. Dergelijk ontslag is derhalve onverzoenbaar met het instituut van het voorlopig bewind, dat essentieel gericht is op patrimoniale bescherming. Het is de plicht van de voorlopige bewindvoerder om de ambtshalve inschrijving te laten nemen, nu hij als beheerder van andermans vermogen ertoe gehouden is de maatregelen te nemen die nodig of nuttig zijn voor het behoud van het onder bewind gestelde vermogen (F. DEBUCQUOY, “Ontslag van ambtshalve inschrijving door de notarisvertegenwoordiger aangesteld op grond van art. 1209, derde lid Ger.W.”, *T. Not.* 2000, 175; F. DEBUCQUOY, “Overhandiging bij het verlijden van de verkoopakte van een cheque ter betaling van de verkoopprijs van een onroerend goed toebehorend aan een beschermde persoon – Ontslag van ambtshalve inschrijving door de voorlopige bewindvoerder”, noot onder Vred. Mechelen 29 januari 1999, *T. Not.* 1999, 202).

Een andere mogelijkheid is de voorafgaande overschrijving van de koopprijs of het aandeel van de pupil in de koopprijs op een rekening van de notaris. De vrederechters zijn hoe dan ook op hun hoede voor het tegelijk verlenen van de machtiging tot verkoop en de machtiging tot opheffing van de ambtshalve inschrijving (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 17-18, nr. 30).

Vóór de Wet van 11 januari 1993 “tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld” (*B.S.* 9 februari 1993, 2.828), later gewijzigd onder meer bij Wet van 10 augustus 1998 (*B.S.* 15 oktober 1998, 34.267) en bij Wet van 12 januari 2004 (*B.S.* 23 januari 2004, 4.352; J.-L. VAN BOXSTAEL, “Blanchiment de capitaux dans les actes notariés: quelques réflexions sur la limitation des paiements en espèces”, *Rev. not. b.* 2004, 315-328), bestond de meest praktische werkwijze erin zonder meer kwijting te geven in de notariële akte: zodoende moest de hypotheekbewaarder niet ambtshalve inschrijven. Voormelde wet (art. 10*bis*) bepaalt evenwel dat, wanneer een notariële akte een verrichting vaststelt waarvan de som meer dan 15.000 EUR bedraagt, de betaling van deze som moet gebeuren door middel van een overschrijving of een cheque. De notaris moet in de akte het nummer van de financiële rekening vermelden waarlangs het bedrag is overgedragen of overgedragen zal worden. Het gebruik van giraal geld is dus verplicht voor de in een notariële akte vastgestelde verrichtingen die het bedrag van 15.000 EUR overstijgen. Dit maakt de vroegere oplossing in het merendeel van de gevallen onmogelijk (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 110-111, nr. 26).

506 Meerdere hypothesen zijn te onderscheiden.

Vooreerst moet worden onderscheiden tussen de verkoop van een onroerend goed dat volledig eigendom is van de pupil en het onroerend goed waarin deze gerechtigd is samen met andere (bekwame) personen.

In dit laatste geval geldt een bijkomend onderscheid naargelang het initiatief om tot de (openbare) verkoop over te gaan, uitgaat van de voogd namens zijn pupil, dan wel van de andere (bekwame) medegerechtigden.

Zie bv. ook: Cass. 15 april 1977, *Arr. Cass.* 1977, 853.

Indien het initiatief uitgaat van de voogd, moet weerom een onderscheid gemaakt worden al naargelang de (bekwame) medegerechtigden al dan niet akkoord gaan met de verkoop.

1. Verkoop van een volledig in eigendom aan de pupil toebehorend onroerend goed

507 Indien de voogd zich voorneemt een volledig in eigendom aan zijn pupil toebehorend onroerend goed te verkopen, vraagt hij, zoals vermeld (art. 410 § 1, *sub* 1^o B.W.), machtiging aan de vrederechter (art. 1186, eerste lid B.W.).

Zie: G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 502-503, nr. 149.

Volgens DELFORGE en VOETEN vindt artikel 1186 Ger.W. geen toepassing ingeval de pupil voor het geheel eigenaar is (N. DELFORGE en I. VOETEN, "De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet", *t.a.p.*, p. 16, nr. 24; N. DELFORGE en I. VOETEN, "Het sluiten van een koopovereenkomst als verkoper of als koper", *t.a.p.*, p. 6, nr. 27), zij het ten onrechte (zie ook: S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 107, nr. 20, voetnoot 24).

In zijn met redenen omkleed verzoekschrift (art. 1232-1233 Ger.W.) toont de voogd aan dat de voorgenomen verkoop kadert in zijn beheer van goede huisvader (art. 405 § 1, derde lid B.W.) en bovenal het belang van zijn pupil dient. Zoals bij elke vorm van "bewind", heeft ook hier de voogd de opdracht het vermogen van zijn pupil in stand te houden zodat een vervreemding slechts (uitzonderlijk) kan worden toegestaan wanneer laatstgenoemde er een daadwerkelijk belang bij heeft.

Zie ook: W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 180, nr. 375.

Het bewijs van een gewoon belang is evenwel voldoende. Een "volstreckte noodzakelijkheid" of een "klaarblijkelijk voordeel" in de zin van het oude artikel 457 B.W. is niet langer vereist (M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1510, nr. 129; A. WYLLEMAN, "De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen", *t.a.p.*, p. 298, nrs. 668-669).

Zie onder het oude artikel 457 B.W.: G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 295-297, nr. 7.

Zie ook: H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 26; E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 11, nr. 33; E. DE GROOTE, “Verkoop van onroerende goederen toebehorend aan personen onder voorlopig bewind en aan minderjarigen”, *t.a.p.*, 470; A. WYLLEMAN, “Twee jaar voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 152, nr. 24.

De vrederechter motiveert zijn beschikking in die zin.

508 Bevoegd is de vrederechter van het voogdijforum (A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 302, nr. 678).

509 Indien de vrederechter de (in beginsel openbare) verkoop toestaat, wijst hij tegelijk een notaris aan door wiens ambtelijke tussenkomst de openbare verkoop geschiedt (art. 1186, tweede lid Ger.W.). De verkoop geschiedt, in aanwezigheid van de voogd en de toeziende voogd, ten overstaan van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn (art. 1186, derde lid Ger.W.). Deze laatste stelt, in overeenstemming met de aangewezen notaris, de datum van de (openbare) verkoping vast. Nu de wet bepaalt dat de notaris aan de vrederechter tenminste acht dagen vóór de zitting de verkoopsvoorwaarden moet ter kennis brengen (art. 1192, eerste lid Ger.W.), houdt dit impliciet maar duidelijk een recht van toezicht door de vrederechter in op die verkoopsvoorwaarden en op het verloop van de verkoopswerkzaamheden.

Zie voor een bespreking van het toezicht van de vrederechter (van het kanton waar het bedoelde goed gelegen is en ten overstaan van wie de openbare verkoping geschiedt) op de verrichtingen van openbare verkoping, gaande van een nazicht van de aanstelling van de notaris, tot een controle van de notariële verkoopsvoorwaarden en tot een toezicht tijdens de verkoopsverrichtingen: G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 299-302, nr. 10.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 313, nr. 24.

De meest voor de hand liggende reden voor de aanwezigheid van de vrederechter is dat men moeilijk het resultaat van de openbare verkoop kan inschatten: zodoende moet de vrederechter waken over de belangen van de pupil.

Vóór de wijziging van artikel 1193bis, zesde lid Ger.W. bij Wet van 3 mei 2003 was de aanwezigheid van de vrederechter van de ligging van het goed ook vereist bij het verlijden van een akte van verkoop uit de hand (van een goed dat geheel of ten dele aan een pupil toebehoort): deze bepaling maakte de vermelde reden “betrekkelijk” (zie ook: C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 175; C. DE BUSSCHERE, “Nieuw art. 411 B.W.: Is ruil van goederen tussen een minderjarige en zijn voogd of toeziende voogd wettelijk mogelijk of daarentegen wettelijk absoluut verboden?”, *t.a.p.*, p. 198, nr. 13).

Sinds de Wet van 3 mei 2003 gebeurt de verkoop uit de hand niet meer ten overstaan van de vrederechter van de ligging van het goed: de notaris treedt alleen op (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 34, nr. 79; vgl. nog: C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 121 en p. 130, nr. 23).

Zo voormelde optimale belangenbehartiging met zich brengt dat het bedoelde onroerend goed geheel of gedeeltelijk wordt verkocht in een of meer andere kantons dan dat waar het gelegen is, vermeldt de vrederechter dit in zijn

beschikking en wijst hij tevens de vrederechter aan in wiens aanwezigheid de verkoop zal geschieden (art. 1191 Ger.W.). Deze laatste bepaling vormt een uitzondering op het bepaalde in artikel 598 Ger.W.: in beginsel geschiedt de openbare verkoping ten overstaan van de vrederechter van het kanton van de ligging van de goederen.

Voor de notariële akten waarvoor de bijstand van de vrederechter vereist is, mag deze zich, krachtens artikel 623 Ger.W., verplaatsen in het gehele ambtsgebied van de optredende notaris.

Wat de verkoopsmodaliteiten betreft, zij verwezen naar de artikelen 1192-1193 Ger.W.

Vgl. inzake het voorlopig bewind vóór de Wet van 3 mei 2003 waar, bij gebrek aan toepassing van artikel 1186 Ger.W. (maar veeleer de oude art. 488*bis*, f § 3, tweede lid *sub b juncto* 488*bis*, g, eerste lid B.W.), de toepassing van de artikelen 1192-1193 B.W. werd uitgesloten, tenzij de vrederechter, bij het bepalen van de verkoopsmodaliteiten in het raam van zijn machtiging, andersluidend beschikte: F. BLONTROCK, *t.a.p.*, p. 121, nr. 49; E. DE GROOTE, "Art. 488*bis*, f § 3 B.W.", *t.a.p.*, p. 12, nr. 35; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 180, nr. 375 en p. 181, nr. 377; J. VAN COMPERNOLLE, "Considérations sur la vente des biens des incapables majeurs pourvus d'un administrateur provisoire", *t.a.p.*, p. 445-446, nr. 9; J. VAN COMPERNOLLE, "Un exemple d'abus des procédures particulières dérogatoires: la vente des immeubles des incapables majeurs", *P&B* 1996, 26; A. WYLLEMAN, "Twee jaar voorlopig bewind", *t.a.p.*, p. 152, nr. 25. Thans geldt artikel 1186 Ger.W. ook inzake het voorlopig bewind (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 34, nr. 78; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", *t.a.p.*, p. 200, nr. 421; E. VIEUJEAN, "L'administration provisoire", *t.a.p.*, p. 681, nr. 11).

510 Zoals vermeld, kan, op verzoek van de voogd, de vrederechter (in het raam van een en dezelfde beschikking) tevens machtiging verlenen om het bedoelde onroerend goed uit de hand te verkopen (art. 410 § 2, eerste lid B.W.), zo zulks het belang van de pupil (beter) dient (art. 1193*bis*, eerste lid Ger.W.).

Het verzoekschrift evenals de machtiging zelf vermelden uitdrukkelijk waarom de verkoop uit de hand de belangen van de pupil (beter) dient (art. 410 § 2, tweede lid B.W. en 1193*bis*, tweede lid Ger.W.). De vorm van de verkoop kan van de vaststelling van een minimum verkoopprijs afhankelijk worden gesteld (art. 1193*bis*, tweede lid Ger.W.).

Bij zijn aldus met redenen omklede verzoekschrift voegt de voogd een door een notaris geredigeerd ontwerp van verkoopakte (art. 1193*bis*, derde lid Ger.W.).

Zie wat het oude recht betreft: G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 307-308, nr. 17.

Hierbij moet een notaris te pas komen: hij kan niet worden vervangen door het Comité van aankoop of een burgemeester.

Aldus: Vred. Roeselare 15 mei 1998, *T.Vred.* 1999, 524.

Zie ook inzake artikel 1193*ter* Ger.W.: Kh. Brussel 14 maart 1984, *T.B.H.* 1987, 361.

De vrederechter wint de nodige inlichtingen in, inzonderheid het advies van eenieder die hij daartoe geschikt acht (art. 410 § 2, derde lid B.W.). De vrederechter kan de mede-contractant(en) bevelen te verschijnen (art. 1193*bis*, vijfde lid Ger.W.).

511 Indien de vrederechter de verkoop uit de hand toestaat, geschiedt de verkoop door de ambtelijke tussenkomst van de (door de voogd voorgestelde en vervolgens) door de vrederechter aangewezen notaris en overeenkomstig de door de vrederechter aangenomen ontwerpakte (van diezelfde notaris) (art. 1193*bis*, zesde lid Ger.W.). Die ontwerpakte wordt gevoegd bij de machtigingsbeslissing (art. 1193*bis*, derde lid Ger.W.).

De bedoelde verkoop gebeurt in aanwezigheid van (de voogd en) de toeziende voogd. Zoals voormeld, gebeurt de verkoop (sinds de wijziging van art. 1193*bis*, zesde lid Ger.W. bij Wet van 3 mei 2003) niet meer (noodzakelijk) in aanwezigheid van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn. In het raam van zijn machtigingsbeslissing zou de vrederechter dit nog wel (als modaliteit) kunnen vooropstellen.

Zie over het vrederechterlijke toezicht vóór de Wet van 3 mei 2003: M. COENE, *t.a.p.*, 259; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 308, nr. 18.

Van de "ruil" heeft men steeds aangenomen dat deze kan doorgaan zonder tussenkomst van de vrederechter bij het verlijden van de akte: ruil wordt immers niet beschouwd als een verkoop die (vóór de Wet van 3 mei 2003) wel de tussenkomst van de vrederechter bij het verlijden van de akte vergde (C. DE BUSSCHERE, "Nieuw art. 411 B.W.: Is ruil van goederen tussen een minderjarige en zijn voogd of toeziende voogd wettelijk mogelijk of daarentegen wettelijk absoluut verboden?", *t.a.p.*, p. 198, nr. 13; A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht*, VII, *Personen- en familie-recht*, Antwerpen/Brussel/Gent/Leuven, Standaard, 1950, p. 668, nr. 745; zie ook reeds: E. DE GRAVE, "Mineurs – Echange d'immeubles – Formalités", *Rev. prat. not. b.* 1898, 481).

Vgl. inzake het voorlopig bewind vóór de Wet van 3 mei 2003 met betrekking tot de toepassing van de oude artikelen 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub b juncto* 488*bis*, g B.W.:

– enerzijds H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", *t.a.p.*, p. 130, nr. 28; J. VAN COMPERNOLLE, "Un exemple d'abus des procédures particulières dérogatoires: la vente des immeubles des incapables majeurs", *t.a.p.*, 27; A. WYLLEMAN, "Twee jaar voorlopig bewind", *t.a.p.*, p. 152-153, nr. 26 (volgens wie de duidelijke wettekst, strikt gezien, niet de aanwezigheid vereist van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn) en

– anderzijds M. BOSMANS, "De Wet van 18 juli 1991 houdende patrimoniale bescherming van de meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand niet in staat is zijn goederen te beheren", *T.Vred.* 1991, 321; E. DE GROOTE, "Verkoop van onroerende goederen toebehorend aan personen onder voorlopig bewind en aan minderjarigen", *t.a.p.*, 470-471; F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 122, nr. 53; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 313-314, nr. 24 (die de aanwezigheid van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn hoe dan ook vooropstellen).

De notaris voegt bij de verkoopakte een voor eensluidend verklaard afschrift van de machtigingsbeslissing (art. 410 § 2, tweede lid B.W. en 1193*bis*, zesde lid Ger.W.). De titel van de verkrijger bestaat uit de akte zonder dat vereist is de machtigingsbeslissing eraan toe te voegen of over te schrijven.

2. Door de voogd voorgenomen verkoop van een onroerend goed waarin zijn pupil deelgerechtigd is

512 Indien de voogd zich voorneemt een onroerend goed te verkopen waarin zijn pupil (mede)gerechtigd is samen met andere (bekwame) personen (bv. de voogd en de toeziende voogd zelf; Vred. Antwerpen 4 februari 1993, *T. Not.* 1995, 94), geldt, zoals reeds aangestipt, een onderscheid al naargelang de (bekwame) medegerechtigden al dan niet akkoord gaan met de verkoop.

Zie wel (wat het oude recht betreft): G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 57, nr. 28.3.2.6; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 303-304, nr. 11.2, die de vrederechters tot waakzaamheid aanmaant inzake de (omwille van procedurele redenen) "verdoken" initiatieven van de (bekwame) medegerechtigden.

Vgl.: E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *t.a.p.*, p. 124-125, nr. 43.

Anders, ten onrechte oordelende dat de voogd te dezen geen initiatief kan nemen: Rb. Kortrijk 11 februari 1983, *T. Not.* 1983, 124, (afkeurende) noot H.D.F.

a. Medegerechtigden gaan akkoord

513 Indien zij akkoord gaan, geldt hetzelfde (voormelde) machtigingsvereiste (via de vrederechter) als wanneer het onroerend goed in volle eigendom aan de pupil alleen zou toebehoren.

Inzake het ouderlijk gezag machtigt de Vrederechter te Eigenbrakel een weduwe om namens haar minderjarige zoon samen met de medegerechtigde tot verkoop uit de hand over te gaan van een onverdeeld onroerend goed, met dien verstande dat een voogd *ad hoc* wordt aangesteld om het aandeel van de pupil in de verkoopprijs te ontvangen, vervolgens de successiebelasting met betrekking tot de nalatenschap van de overleden vader en een aantal openstaande schulden te betalen en tot slot het saldo te beleggen middels een geblokkeerde rekening (Vred. Eigenbrakel 7 april 2003, *T. Vred.* 2004, 226, noot).

514 De wetgever van 29 april 2001 schreef voor dat de medegerechtigden van het onroerend goed bij gerechtsbrief, ter kennis gebracht ten minste vijf dagen vóór de zittingsdag, moesten worden opgeroepen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 8) om te worden gehoord inzake de voorgenomen openbare verkoop (oud art. 1186, tweede lid Ger.W.), dan wel inzake de voorgenomen verkoop uit de hand (art. 1193*bis*, vierde lid Ger.W.).

Zie: M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1512, nr. 130, die de vraag stelt waarom de gemeenrechtelijke termijn van oproeping van acht dagen moet worden verkort op vijf dagen.

Ook CAPITAINE merkt op dat, wil men zeker zijn dat de bedoelde gerechtsbrief de bestemming al dan niet heeft bereikt, men in een ruimere termijn moet voorzien. Wanneer de bestemming afwezig is, wordt de gerechtsbrief gedurende acht dagen op het postkantoor ter beschikking gehouden. Pas dan gaat hij terug naar de griffie (C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 172).

Deze oproeping werd niet nuttig bevonden nu de vrederechter te dezen enkel een "daad van willige rechtsmacht" stelt: "De bedoelde oproeping kan niet (meer) zinvol zijn met het oog op een gebeurlijke betwisting waarvan het

bestaan strijdig zou zijn met het vooraf bestaande gegeven van de vrijwillige medewerking van de medegerechtigden” (Vred. Roeselare 21 mei 2002, *T.Vred.* 2002, 422; L. CARENS, “Commentaar met betrekking tot de praktische toepassing van de recentste wetwijzigingen in verband met ouderlijk gezag en voogdij aan de hand van rechtspraak en voorbeelden”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 158, nr. 9).

Zie nog wel: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/007, p. 1-3; *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 56-59; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 34-35, nr. 38.

Het is juist dat de verwijzing, in geval van onenigheid, door de vrederechter naar de rechtbank van eerste aanleg, na amendering in de Senaat, niet is aangehouden (*Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/014, p. 29-30; *Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 51-55). Dit neemt niet weg dat het onderzoek door de vrederechter, middels oproeping en verhoor van alle medegerechtigden, was behouden, ook al zag men het nut er niet van in.

Zie: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 57-58, nr. 52; F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 42, nr. 81; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1511-1512, nr. 130; E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants”, in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2003, p. 12-13, nr. 12.

In het raam van artikel 1186 Ger.W. beveelt de vrederechter immers niet de verkoop (zoals dat wel het geval is bij art. 1211 Ger.W.), maar laat hij die toe op de enkele overweging dat hij het belang van de pupil dient (G. VAN OOSTERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 302-304, nr. 11). Dit kan ook in afwezigheid van de opgeroepen medegerechtigden. Over gebeurlijke onenigheid tussen de medegerechtigden moet de vrederechter zich toch niet bekommeren. Zodra één medegerechtigde tegenwringt, vindt de minnelijke verkoop geen doorgang.

In die gedachtengang heeft de wetgever van 13 februari 2003 het oude artikel 1186, tweede lid Ger.W. opgeheven (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 1772/003, p. 4-5; C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 120; W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *T.Vred.* 2003, p. 135-136, nr. 26). Bij vergetelheid is de dienovereenkomstige aanpassing niet doorgevoerd in artikel 1193bis, vierde lid Ger.W.

b. Medegerechtigden gaan niet akkoord

515 Indien de medegerechtigden niet akkoord gaan, heeft de voogd een dubbele machtiging van de vrederechter nodig.

Zie ook: E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f§ 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 15, nr. 47; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 181, nr. 377.

Vooreerst moet hij zich (overeenkomstig art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.) laten machtigen om het aandeel van zijn pupil te verkopen. Vervolgens moet hij zich (overeenkomstig art. 410 § 1, *sub* 7° B.W.) laten machtigen om voor de rechtbank van eerste aanleg de uitonverdeeldheidtredeing te vorderen (overeenkomstig art. 1207 Ger.W.). Eens die dubbele machtiging bekomen, dagvaardt de pupil, vertegenwoordigd door de voogd, de medegerechtigden voor de rechtbank van eerste aanleg.

Hierbij zij wel opgemerkt dat, sinds de Reparatielwet van 13 februari 2003, de ouders niet langer de machtiging behoeven bedoeld in artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W. (art. 378 § 2 B.W.).

516 Indien de rechtbank van eerste aanleg de verdeling beveelt, verwijst zij de partijen naar een of twee notarissen, die ambtshalve worden aangewezen indien de partijen zich niet over hun keuze verstaan (art. 1209, tweede lid Ger.W.). De rechtbank wijst bovendien een notaris aan die gelast wordt de niet-verschijnende of weigerende partijen te vertegenwoordigen en in hun plaats de akten en processen-verbaal te tekenen (art. 1209, derde lid Ger.W.).

517 Indien er niet gevoeglijk kan worden verdeeld, beveelt de rechtbank de openbare verkoop (art. 1211 Ger.W.). Te dezen is een verkoop uit de hand uitgesloten.

518 Deze gerechtelijke verdeling staat geenszins gelijk met de (volledig) vrijwillige verkoop (met machtiging van de vrederechter) waarop de artikelen 1186-1187 Ger.W. doelen (en die tot de willige rechtsmacht behoort).

Zie: F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 17, nr. 83; G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 46, nr. 21 en p. 63, nr. 29.1; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1511-1513, nr. 130; A. WYLLEMAN, "De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen", *t.a.p.*, p. 302-303, nr. 679.

Het zij duidelijk dat een notaris in de zin van het voormelde artikel 1209, derde lid Ger.W. enkel aangesteld kan worden in het raam van een gerechtelijk bevolen verdeling dan wel verkoping (en niet in het raam van de art. 1186-1187 Ger.W., welke telkenmale de toestemming en de handtekening van alle deelgerechtigden veronderstellen; G. VAN OOSTERWYCK, "Procédures dans lesquelles interviennent le juge de paix et un notaire", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 1992, 22).

De in een eerdere fase (van de parlementaire voorbereiding) in de artikelen 1186, derde lid en 1187, derde lid Ger.W. bepaalde zinsnede als zou de vrederechter, in geval van betwisting, de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg verwijzen (zie terzake: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/007, p. 1-3; *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 56-59; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 34-35, nr. 38) werd dan ook terecht (onder impuls van het notariaat en door toedoen van de Senaat, zie: *Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/014, p. 29-30; *Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 51-55) geschrapt. Bij gebrek aan akkoord van de deelgenoten, is een (vrijwillige) verkoop overeenkomstig de artikelen 1186-1187 Ger.W. niet mogelijk, nu in dat raam niet tot de aanstelling van een notaris in de zin van artikel 1209, derde lid Ger.W. kan worden overgegaan.

3. *Initiatief gaat uit van de (samen met de pupil) medegerechtigden inzake de verkoop van een (onverdeeld) onroerend goed*

519 Indien het initiatief uitgaat van de andere (bekwame) deelgerechtigden en zij zich voornemen om het onroerend goed te verkopen waarin (ook) de pupil (mede)gerechtigd is, dienen zij zich, overeenkomstig artikel 1187 Ger.W., door de vrederechter te laten machtigen.

Zie voor een bespreking ten tijde van het oude artikel 1187 Ger.W.: G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 62-66, nr. 29; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 302-303, nr. 11.1.

Met de Reparatielwet van 13 februari 2003 is ook artikel 569, *sub* 12° Ger.W. aangepast: de rechtbank van eerste aanleg is niet (meer) bevoegd, maar wel de vrederechter (W. PINTENS, "De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatielwet van 13 februari 2003", *t.a.p.*, p. 135, nr. 25; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 104, nr. 11, voetnoot 11).

Zij richten hem hiertoe een eenzijdig verzoekschrift in de zin van de artikelen 1026-1034 Ger.W., waarbij het optreden van een advocaat vereist is (art. 1026, *sub* 5° en 1027, eerste lid Ger.W.).

Zie ook: E. DE GROOTE, "Art. 488bis, f § 3 B.W.", *t.a.p.*, p. 15-16, nr. 49.

De artikelen 1233, 1236-1237 Ger.W. zijn niet van toepassing.

De vrederechter ziet er inzonderheid op toe dat de voorgenomen verkoop, ondanks het beweerde akkoord tussen alle deelgerechtigden, de belangen van de pupil dient (Luik 18 mei 1971, *J.T.* 1971, 424; Luik 29 februari 1972, *Rev. not. b.* 1972, 468; Rb. Namen 5 mei 1971, *Rev. not. b.* 1971, 436, noot F. LAINÉ; G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 502-503, nr. 149; E. DE GROOTE, "Territoriale bevoegdheid inzake verkopen van onroerende goederen (mede) toebehorend aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 230-231, nr. 5; G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 64, nr. 29.4). Maar hoe behartenswaardig die belangen ook zijn, hier speelt evenzeer het recht aan de zijde van de (bekwame) medegerechtigden om uit onverdeeldheid te treden (art. 815 B.W.; Luik 19 februari 1972, *Rev. not. b.* 1972, 468; Gent 7 juni 1985, *T.G.R.* 1985, 113; Rb. Aarlen 8 oktober 1971, *Jur. Liège* 1972-73, 76; M. THUYSBAERT, *t.a.p.*, 773-774).

Op die manier moet de pupil de bedoelde verkoop veeleer "ondergaan".

Zie: H. CASMAN, "La loi du 18 février 1981 modifiant le Code judiciaire en matière de certaines ventes d'immeubles", *t.a.p.*, 240-241; E. DE GROOTE, "Verkoop van onroerende goederen toebehorend aan personen onder voorlopig bewind en aan minderjarigen", *t.a.p.*, 486; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, "Overzicht van rechtspraak (1968-1977): Erfenissen", *T.P.R.* 1978, p. 112, nr. 28; G. VAN OOSTERWYCK, "Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter", *t.a.p.*, p. 62, nr. 29; G. VAN OOS-

TERWYCK, “Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn”, *t.a.p.*, p. 302-303, nr. 11.1; A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 305-306, nr. 686. Zie ook: Vred. Roeselare 21 mei 2002, *T.Vred.* 2002, 422.

De vrederechter moet wel nagaan of de verkoop het enige middel is om uit onverdeeldheid te treden en niet enkel bedoeld is om de pupil te benadelen of de wet te ontduiken (F. HERINCKX, “Ventes judiciaires d’immeubles”, in *Répertoire notarial*, VII, *La vente*, V, Brussel, Larcier, 2000, p. 121, nr. 89 en p. 124, nr. 96; F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 41-42, nr. 80).

520 De territoriale bevoegdheid blijft voor discussie zorgen (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 41-42, nr. 80).

Volgens sommigen moeten de initiatiefnemers zich richten tot de vrederechter van de voogdijwoningplaats.

Vóórheen (hoewel ten zeerste betwist): de rechtbank van eerste aanleg van de voogdijwoningplaats. Zie terzake: Rb. Luik 10 januari 1966, *Rev. not. b.* 1966, 261; Rb. Marche-en-Famenne 25 mei 1968, *J.T.* 1968, 477; Arrondrb. Gent 13 juni 1994, *Pas.* 1994, III, 12; Arrondrb. Gent 20 maart 1995, *R.W.* 1996-97, 229, noot E. DE GROOTE; zie ook: G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 502-503, nr. 149; E. DE GROOTE, “Verkoop van onroerende goederen toebehorend aan personen onder voorlopig bewind en aan minderjarigen”, *t.a.p.*, 486-487; E. DE GROOTE, “Territoriale bevoegdheid inzake verkopen van onroerende goederen (mede) toebehorend aan minderjarigen”, noot onder Arrondrb. Gent 20 maart 1995, *R.W.* 1996-97, p. 230-231, nrs. 1-10; F. LAINÉ, noot onder Rb. Brussel 26 november 1966, *Rev. prat. not.* 1967, 222; G. VAN DEN BERGHE, “Liciteitatie van onroerende goederen – Bekrachtiging en beraadslaging van de familieraad – Bevoegdheid”, *R.W.* 1952-53, 1353-1356; G. VAN OOSTERWYCK, “Actuele vraagstukken (*capita selecta*) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter”, *t.a.p.*, p. 46, nr. 21 en p. 65-66, nr. 29.7.

Zie thans: S. MOSSELMANS, “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 169, nr. 367; vgl.: A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 304, nr. 683.

De vrederechterlijke procedure strekt tot verificatie van het belang van de pupil, zij het dat dit kan botsen op het in artikel 815 B.W. verwoorde algemene beginsel. In die optiek is de vrederechter van het voogdijforum bevoegd, ook al gaat het initiatief tot verkoop uit van de andere (bekwame) deelgerechtigden (E. VIEUJEAN, “La nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage du notariat*, XXXIV, Brussel, Larcier, 2001, p. 434-435, nr. 48). De reden waarom men naar de vrederechter moet gaan, is immers te vinden in de onbekwaamheid van een van de deelgenoten (zie ook: Vred. Westerlo 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1513, noot F. SWENNEN, *T. Vred.* 2004, 216).

Anderen opteren voor een gemeenrechtelijke oplossing.

Zie: C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 172; C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 127, nr. 11; H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 234; Chr. CASTELEN, “De reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 12, nr. 20, voetnoot 49; W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken

– Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 126, nr. 6; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 105, nr. 11.

Deze laatste strekking vindt toepassing in: Vred. Comines-Warneton 8 april 2002, *T.Vred.* 2002, 420. De vrederechter voegt eraan toe “que nous sommes compétemment saisi quoique tous les copropriétaires, et notamment les copropriétaires mineurs, soient domiciliés sur territoire français, et que la succession soit ouverte en France” en “que les articles 1187 et 1193 du Code judiciaire s’appliquent sans égard à la nationalité de la personne protégée et déterminent la règle de compétence territoriale internationale en vertu de laquelle la situation des immeubles évince le lieu d’ouverture de la succession” (Rb. Brussel 15 mei 1974, *J.T.* 1974, 622; Rb. Brussel 9 september 1987, *J.L.M.B.* 1988, 1487).

Zij stellen, met verwijzing naar artikel 629, *sub* 1° Ger.W., respectievelijk naar artikel 627, *sub* 3° Ger.W., dat de andere, meerderjarige en bekwame eigenaars de bedoelde machtiging moeten vragen aan de vrederechter van de plaats waar het onroerend goed gelegen is of, als het goed afhangt van een niet-verdeelde nalatenschap, aan de vrederechter van de plaats waar de nalatenschap is opgevallen. De bekwame deelgenoten putten hun rechten uit artikel 815 B.W. en zijn vreemd aan de organisatie van het voogdijgezag. Er is dan ook geen reden om hen te onderwerpen aan de bevoegdheidsregeling inzake het voogdijgezag, indien die niet uitdrukkelijk afwijkt van de dwingende artikelen 629, *sub* 1° en 627, *sub* 3° Ger.W. De eerste oplossing leidt ertoe dat de bekwame deelgenoten aan hun natuurlijke rechter worden onttrokken.

521 De voogd vertegenwoordigt zijn pupil in deze procedure zonder bijzondere machtiging.

Zie ook: E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 16, nr. 50; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 182, nr. 377.

Indien zijn belangen strijdig zijn met die van zijn pupil, wordt hij vervangen door de toeziende voogd (Brussel 8 februari 1971, *R.W.* 1970-71, 1380).

522 Indien de vrederechter de (in beginsel openbare) verkoop toestaat, wijst hij tegelijk een notaris aan door wiens ambtelijke tussenkomst de openbare verkoop geschiedt (art. 1187, derde lid Ger.W.). De verkoop geschiedt, in aanwezigheid van de voogd en de toeziende voogd, ten overstaan van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn (art. 1187, vierde lid Ger.W.).

Zie terzake: F. SACRE, “De verkoop uit de hand van een onroerend goed, medebehorend aan een minderjarige op verzoek van een meerderjarige”, *T.Vred.* 1993, 291-292.

Zo voormelde optimale belangenbehartiging met zich brengt dat het bedoelde onroerend goed geheel of gedeeltelijk wordt verkocht in een of meer andere kantons dan dat waar het gelegen is, vermeldt de vrederechter dit in zijn beschikking, waarin hij tevens de vrederechter aanwijst in wiens aanwezigheid de verkoop zal geschieden (art. 1191 Ger.W.).

Wat de verkoopmodaliteiten betreft, zij verwezen naar de artikelen 1192-1193 Ger.W.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: F. BLONTROCK, *t.a.p.*, p. 121-122, nr. 52; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 182, nr. 377; J. VAN COMPERNOLLE, "Considérations sur la vente des biens des incapables majeurs pourvus d'un administrateur provisoire", *t.a.p.*, p. 445-448, nr. 15; J. VAN COMPERNOLLE, "Un exemple d'abus des procédures particulières dérogatoires: la vente des immeubles des incapables majeurs", *t.a.p.*, 26; A. WYLLEMAN, "Twee jaar voorlopig bewind", *t.a.p.*, p. 155, nr. 33.

523 (Ook) de andere (bekwame) deelgerechtigden kunnen de vrederechter om machtiging verzoeken teneinde het bedoelde onroerend goed uit de hand te (kunnen) verkopen, zo dit het belang van de pupil (beter) dient (art. 1193*bis*, eerste lid Ger.W.) (Rb. Tongeren 10 juni 1998, *T. Not.* 1998, 466; G. VAN OOSTERWYCK, "Het toezicht van de vrederechter bij verkopen van onroerende goederen waarin beschermde personen gerechtigd zijn", *t.a.p.*, p. 309, nr. 19.2). Deze (bijkomende) machtiging geschiedt, in voorkomend geval, in één en dezelfde beschikking.

Het verzoekschrift evenals de machtiging zelf vermelden uitdrukkelijk waarom de verkoop uit de hand de belangen van de pupil (beter) dient (art. 410 § 2, tweede lid B.W. en 1193*bis*, tweede lid Ger.W.). De vorm van de verkoop kan van de vaststelling van een minimum verkoopprijs afhankelijk worden gesteld (art. 1193*bis*, tweede lid Ger.W.).

Bij hun aldus met redenen omklede verzoekschrift voegen de initiatiefnemers een door een notaris geredigeerd ontwerp van verkoopakte (art. 1193*bis*, derde lid Ger.W.).

De vrederechter wint de nodige inlichtingen in, inzonderheid het advies van eenieder die hij daartoe geschikt acht (art. 410 § 2, derde lid B.W.). De vrederechter kan de mede-contractant(en), kandidaat-koper(s), bevelen te verschijnen (art. 1193*bis*, vijfde lid Ger.W.).

524 Evenals de (gebeurlijk) "andere" (dan de initiatiefgerechtigde, doch bekwame of wettelijk vertegenwoordigde) medegerechtigden, wordt de voogd bij gerechtsbrief (ter kennis gebracht ten minste vijf dagen vóór de zittingsdag) opgeroepen om te worden gehoord inzake de voorgenomen openbare verkoop (art. 1187, tweede lid Ger.W.; Brussel 8 februari 1971, *R.W.* 1970-71, 1380), dan wel inzake de voorgenomen verkoop uit de hand (art. 1193*bis*, vierde lid Ger.W.).

Opdat de griffier de medegerechtigden behoorlijk zou kunnen oproepen, verdient het aanbeveling om in het verzoekschrift hun identiteit op te geven: zoniet, moet de griffier de verzoeker oproepen om deze informatie te bekomen (M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1512, nr. 130).

525 Indien de vrederechter de verkoop uit de hand toestaat, geschiedt de verkoop door de ambtelijke tussenkomst van de (door de verzoekers voorgestelde en vervolgens) door de vrederechter aangewezen notaris en overeenkomstig de door de vrederechter aangenomen ontwerpakte (van diezelfde

notaris). De bedoelde verkoop gebeurt in aanwezigheid van (de voogd en) de toezienende voogd. Zoals voormeld, gebeurt de verkoop (sinds de wijziging van art. 1193*bis*, zesde lid Ger.W. bij Wet van 3 mei 2003) niet meer (noodzakelijk) in aanwezigheid van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn (art. 410 § 2, tweede lid B.W. en 1193*bis*, zesde lid Ger.W.). In het raam van zijn machtigingsbeslissing zou de vrederechter dit nog wel (als modaliteit) kunnen vooropstellen.

Zie vóór de Wet van 3 mei 2003: F. SACRE, *t.a.p.*, 292.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: J. VAN COMPERNOLLE, "Un exemple d'abus des procédures particulières dérogatoires: la vente des immeubles des incapables majeurs", *t.a.p.*, 27.

H. VERVREEMDING VAN EEN ONROEREND GOED DAT AFHANGT VAN EEN AAN DE PUPIL TOEGEVALLEN NALATENSCHAP

526 Wanneer het onroerend goed afhangt van een nalatenschap die aan de pupil is toegefallen, rijst de bijkomende vraag of de vrederechter ook alsdan een (exclusieve) machtiging tot verkoop kan verlenen.

527 De voogd kan een (mede) aan de pupil toegefallen nalatenschap niet aanvaarden dan onder voorrecht van boedelbeschrijving (art. 793-810*bis* B.W.), waartoe hij bijzondere machtiging moet vragen (art. 410 § 1, *sub* 5° B.W.).

Verder gelden evenwel bijzondere wettelijke voorschriften, inzonderheid ook artikel 1189 Ger.W. dat, voor de onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaardende erfgenaam, de machtiging van de rechtbank van eerste aanleg voorschrijft om te kunnen overgaan tot verkoop van een onroerend goed dat van een aldus aanvaarde nalatenschap afhangt.

Zie bv.: Brussel 22 december 1976, *Rev. prat. soc.* 1978, 58, noot M. PIRET.

Zie wel: Rb. Kortrijk 30 juni 1978, *T. Not.* 1979, 337, oordelende dat, indien een beneficiair aanvaardende erfgenaam (op zijn beurt) overlijdt nadat de rechtbank van eerste aanleg machtiging tot openbare verkoop van een onroerend goed heeft verleend (art. 1189, tweede lid Ger.W.), de (ingevolge het overlijden van voormelde erfgenaam aangestelde) voogd geen nieuwe machtiging moet vragen voor het vervolgen van de bedoelde verkoop. De pupil komt immers (slechts) als rechtsopvolger tot de nalatenschap. Het vervolgen van de (reeds vóór zijn aanduiding geïnitieerde en aldus gemachtigde) verkoop door zijn voogd behoort tot de gewone beheerstaken.

Zie ook: Bergen 17 januari 1991, *Rev. not. b.* 1991, 415; de appèlrechters oordelen dat de in artikel 1186 Ger.W. bepaalde voorschriften niet moeten worden nageleefd zo de pupil inmiddels meerderjarig is geworden.

Krachtens artikel 806, eerste lid B.W. geschiedt de verkoop van de roerende of onroerende goederen in de door het Gerechtelijk Wetboek bepaalde vorm (art. 1191-1193*bis* Ger.W.).

Ook hier geldt de mogelijkheid van verkoop uit de hand.

Zie bv.: Rb. Kortrijk 24 januari 1984, *R. W.* 1984-85, 358, noot J.P.; Rb. Namen 24 juli 1998, *Rev. not. b.* 1999, 304, noot F. HERINCKX; Rb. Marche-en-Famenne 12 november 1998, *Rev. not. b.* 1999, 305, noot F. HERINCKX.

In het licht van artikel 1189, tweede lid Ger.W. gaat de rechtbank van eerste aanleg na of de belangen van de schuldeisers geen gevaar lopen, terwijl de vrederechter (in het licht van de art. 410 § 1, *sub* 1° B.W. en 1186, eerste lid Ger.W.) oordeelt in het belang van de pupil (Rb. Luik 16 april 1993, *J.L.M.B.* 1994, 420). Beide belangen lopen echter samen voor zover de verkoop ertoe strekt een zo hoog mogelijke prijs te bekomen.

Men zou kunnen voorhouden dat zowel de vrederechter als de rechtbank van eerste aanleg machtiging tot verkoop moeten verlenen (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 33-34, nr. 37).

528 Inzake het voorlopig bewind volstaat volgens een meerderheidsopvatting een exclusieve machtiging van de vrederechter (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* b B.W.). Zijn bijzondere bevoegdheid primeert (art. 565, derde lid Ger.W.).

Zie terzake: E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 12-13, nr. 38; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 180-181, nr. 376; vgl.: E. VIEUJEAN, “Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens”, *t.a.p.*, p. 125, nr. 43.

529 In diezelfde zin bepaalt artikel 1189, vierde lid Ger.W. thans dat de machtiging van de rechtbank van eerste aanleg niet vereist is in geval van toepassing van de artikelen 1186-1187 Ger.W. (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/007, p. 3 en 50 0576/009, p. 59; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1513-1514, nr. 131; A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 307, nrs. 692-693).

Derhalve volstaat, met het oog op de verkoop van een onroerend goed afhankelijk van een nalatenschap die aan de pupil is toegefallen, de (exclusieve) machtiging van de vrederechter (in het licht van de art. 410 § 1, *sub* 1° B.W. en 1186, eerste lid Ger.W.). Een (nieuwe) machtiging van de rechtbank van eerste aanleg (in het licht van art. 1189, tweede lid Ger.W.) is niet vereist.

Zie reeds: E. DE GROOTE, “Verkoop van onroerende goederen toebehorend aan personen onder voorlopig bewind en aan minderjarigen”, *t.a.p.*, 472-473.

Zie wel: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 235, die wijst op een aantal leemtes in de ingevoerde regeling.

I. VERVREEMDING VAN EEN ONROEREND GOED IN ONVERDEELDHEID TUSSEN DE PUPIL EN EEN AFWEZIGE, EEN GEFAILLEERDE OF EEN OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 488*BIS* B.W. BESCHERMDE PERSOON

530 Wanneer een onroerend goed in mede-eigendom toebehoort aan een afwezige wiens vermoedelijke erfgenamen de voorlopige inbezitstelling hebben verkregen (art. 120-134 B.W.) en aan andere personen, kunnen deze laatsten, indien zij willen verkopen, zich bij verzoekschrift wenden tot de rechtbank van eerste aanleg om daartoe te worden gemachtigd (art. 1188 Ger.W.). Alvorens te beslissen kan de rechtbank de vermoedelijke erfgenamen horen en, indien zij op dit verzoekschrift gunstig beschikt, wijst zij een notaris aan

die de openbare verkoping zal houden. Deze geschiedt ten overstaan van de vrederechter van het kanton waar het bedoelde goed is gelegen.

In voorkomend geval moet voormelde bepaling worden gecombineerd met het machtigingsvereiste dat de verkoop van een onroerend goed van een pupil onderstelt (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 106, nr. 17).

531 Andere mogelijkheid is deze waarbij een onroerend goed tot een failliete boedel behoort. Krachtens artikel 1190 Ger.W. mag de curator dergelijk goed niet verkopen dan nadat hij aan de rechter-commissaris machtiging heeft gevraagd: indien de rechter machtiging verleent, wijst hij tegelijk een notaris aan, door wiens ambtelijke tussenkomst de openbare verkoping zal geschieden. Ook deze geschiedt ten overstaan van de vrederechter van het kanton waar het bedoelde goed is gelegen.

De curator kan aan de rechtbank van koophandel de machtiging vragen om uit de hand te verkopen: in dat geval moet hij aan de rechtbank het door de notaris, aangewezen door de rechter-commissaris, opgemaakte ontwerp van verkoopakte voorleggen en de redenen opgeven waarom de verkoop uit de hand geboden is (art. 1193ter, eerste lid Ger.W.). Een schattingsverslag moet worden gevoegd, alsook een getuigschrift van de hypotheekbewaarder (art. 1193ter, tweede lid Ger.W.). De machtiging wordt verleend indien het belang van de gefailleerde boedel dit vereist en op advies van de rechter-commissaris; gebeurlijk wordt een minimumverkoopprijs vooropgesteld (art. 1193ter, derde lid Ger.W.). De verkoping geschiedt overeenkomstig de door de rechtbank aangenomen ontwerpakte en door de ambtelijke tussenkomst van de notaris die ze heeft opgesteld (art. 1193ter, vierde lid Ger.W.).

Ook hier is, in voorkomend geval, een combinatie nodig met het machtigingsvereiste voor de verkoop van een onroerend goed van een pupil (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 106, nr. 17).

CASMAN betreurt dat het wellicht enkel ingevolge een vergetelheid is dat in de toevoeging van een vierde lid aan artikel 1189 Ger.W. niet tevens naar artikel 1188 Ger.W. is verwezen (H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *t.a.p.*, 235, voetnoot 106). Daarentegen is het wel begrijpelijk dat met betrekking tot een faillissement de machtiging van de rechter-commissaris ook nodig is.

532 Volledigheidshalve moet ook worden gewezen op de hypothese waarbij een onroerend goed in onverdeeldheid toebehoort aan een minderjarige en een overeenkomstig artikel 488bis B.W. beschermde persoon.

Alsdan geldt eens te meer een dubbel machtigingsvereiste, eensdeels voor de verkoop van een onroerend goed van een minderjarige, anderdeels voor de verkoop van een onroerend goed van een onder voorlopig bewind gestelde persoon (art. 488bis, f § 3, tweede lid, *sub b juncto* 488bis, g B.W.; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 106-107, nr. 17). Dit kan het optreden van drie verschillende vrederechters met zich brengen: de vrederechter die machtigt ten behoeve van de minderjarige, de vrederechter die machtigt ten behoeve van de onder voorlopig bewind gestelde persoon en de vrederechter waar het bedoelde goed zich

bevindt en ten overstaan van wie de openbare verkoping zal plaatsvinden (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 235).

J. ROERENDE GOEDEREN

533 Krachtens artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. moet de vrederechter de voogd bijzondere machtiging verlenen om de zowel lichamelijke als onlichamelijke roerende goederen van de pupil te vervreemden.

Vgl.: S. DE MEUTER, *t.a.p.*, 186.

Dit is ook zo wanneer de goederen tot een aan de pupil toegevallen en dienvolgens, in het licht van artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W., onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap behoren. De vervreemding van “de vruchten en de onbruikbare voorwerpen” is uitgezonderd: het lijkt onredelijk om dienaangaande een voorafgaande machtiging te eisen.

In het aanvankelijke wetsontwerp was de Franse tekst “aliéner les biens du mineur, hormis les fruits et les objets de rebut” vertaald als “de goederen van de minderjarige te vervreemden, met uitzondering van de onbruikbare vruchten en voorwerpen” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 169), wat men later in de Senaat heeft rechtgezet (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/014, p. 16).

Deze regelgeving gaat veel verder dan wat onder het oude recht gold.

534 Evenals inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, g B.W.), gebeurt (krachtens art. 410 § 2, eerste lid B.W.) in beginsel ook de verkoop van de roerende goederen van de pupil openbaar.

Zie inzake het voorlopig bewind: F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 200, nr. 421.

Dit was anders vóór de Wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind: E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 10, nr. 28; J. VAN COMPERNOLLE, “Considérations sur la vente des biens des incapables majeurs pourvus d’un administrateur provisoire”, *t.a.p.*, p. 450, nr. 20; E. VIEUJEAN, “Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens”, *t.a.p.*, p. 125-126, nr. 44.

Weliswaar kon de vrederechter ook te dezen de openbare verkoping vooropstellen; vgl.: Vred. Marchienne-au-Pont 27 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 734.

De verkoop heeft plaats op verzoek van een belanghebbende partij door tussenkomst van een notaris of een gerechtsdeurwaarder en overeenkomstig het plaatselijke gebruik (art. 1195, eerste lid Ger.W.).

Indien het een handelszaak betreft, geschiedt de verkoop “ineens” (art. 1199, eerste lid Ger.W.) en dit ten overstaan van de vrederechter (art. 1199, derde lid Ger.W.), tenzij de onderscheiden bestanddelen (lichamelijke roerende goederen) de door de (op verzoek van een der partijen door de vrederechter) aangestelde deskundige geschatte prijs niet zou bereiken, geval waarin zij “in het klein” worden verkocht (art. 1199, tweede lid Ger.W.).

Betreft het deviezen of openbare effecten, dan geschiedt de verkoop op de beurs. Artikel 1204 Ger.W. preciseert dat voor de genoteerde effecten of deviezen de verkoop plaatsvindt op de gewone vergaderingen van de beurs of van een der beurzen waar zij genoteerd worden en voor de andere, op de openbare verkopen die de beurscommissie houdt.

Krachtens artikel 1198 Ger.W. geschiedt de verkoop in de gemeente of in de agglomeratie waar de goederen zich bevinden, tenzij de vrederechter anders beveelt overeenkomstig artikel 1195 Ger.W. Krachtens artikel 1195, tweede en derde lid Ger.W. kan de vrederechter (op verzoek van een belanghebbende partij) alle maatregelen bevelen die de uitslag van de verkoop kunnen verbeteren. Aldus kan de vrederechter in zijn beschikking de voogd machtigen om een aan de pupil toebehorende collectie schilderijen te verkopen buiten de plaats waar zij zich bevinden (desnoods in het buitenland), alwaar (overeenkomstig de plaatselijke gebruiken) een hogere prijs kan worden nagestreefd (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1514, nr. 132; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 36-37, nr. 39; Brussel 19 oktober 1970, *Ann. not.* 1970, 421).

535 Zoals vermeld, kan de vrederechter aan de voogd evenwel machtiging verlenen om de roerende goederen uit de hand te verkopen (art. 410 § 2, eerste lid B.W.).

Zo het initiatief uitgaat van een gebeurlijk medegerechtigde, wordt de voogd bij gerechtsbrief (ter kennis gebracht ten minste vijf dagen vóór de zittingsdag) opgeroepen om te worden gehoord (art. 1204*bis* Ger.W.).

Artikel 1204*bis* Ger.W. concretiseert de verkoop uit de hand van aan de pupil toebehorende roerende goederen, eveneens wanneer deze goederen behoren tot een aan de pupil toegevallen en dienvolgens (in het licht van art. 410 § 1, *sub* 5^o B.W.) onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap.

Deze bepaling wordt, op suggestie van het notariaat, ingevoerd “om de verkoop van hand tot hand van roerende goederen mogelijk te maken ook in andere gevallen dan louter omdat er minderjarigen onder voogdij in gerechtigd zijn” (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 5 en *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 61-62 en 72-74).

Artikel 1204*bis* Ger.W. geldt evenzeer wanneer moet worden overgegaan tot vervreemding van roerende goederen die geheel of gedeeltelijk toebehoren aan onbekwaamverklaarden of personen die geïnterneerd zijn ingevolge de Wet van 9 april 1930 “tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten”: artikel 1204*bis* Ger.W. geldt daarentegen niet inzake het voorlopig bewind (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 61; vgl.: art. 488*bis*, g B.W.); dit is ook niet nodig omdat de verkoop van roerende goederen van een onder voorlopig bewind gestelde persoon in principe uit de hand gebeurt, tenzij de vrederechter anders beslist.

Ook hiertoe verleent de vrederechter (enkel) machtiging indien het belang van de pupil zulks vereist (art. 410 § 2, tweede lid B.W. en 1204*bis* Ger.W.).

Het verzoekschrift evenals de machtiging zelf vermelden uitdrukkelijk waarom de verkoop uit de hand de belangen van de pupil (beter) dient (art. 410 § 2, tweede lid B.W. en 1204*bis* Ger.W.).

Bij het met redenen omklede verzoekschrift wordt een ontwerp van koopovereenkomst gevoegd (art. 1204*bis* Ger.W.).

Dit vereiste is niet vrij van kritiek, aldus ook: E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 37, nr. 41.

Een exemplaar van de nadien ondertekende onderhandse overeenkomst strekkende tot verkoop van roerende goederen moet aan de vrederechter worden bezorgd (art. 1204*bis* Ger.W.).

De vrederechter wint de nodige inlichtingen in, inzonderheid het advies van eenieder die hij daartoe geschikt acht (art. 410 § 2, derde lid B.W.). Hij kan de personen die bij de akte partij zullen zijn bevelen te verschijnen (art. 1193*bis*, vijfde lid en 1204*bis* Ger.W.).

536 Voor de aankoop van roerende goederen vermeldt de wet niets.

Voor zover die aankoop niet raakt aan een andere handeling waarvoor de machtiging nodig is, kan hij vrij gebeuren. Wil men bijvoorbeeld beschikken over overeenkomstig artikel 379, tweede lid B.W. dan wel artikel 776, tweede lid B.W. geblokkeerde gelden, moet men vooraf naar de vrederechter (art. 410 § 1, *sub* 14° B.W.).

Van groot belang is de basisbeschikking waarbij de vrederechter *ab initio* het beschikbare deel van de inkomsten van de pupil van het te beleggen overschot onderscheidt (art. 407 § 1, *sub* 1°, 2°, 3° en 5° B.W.): elke uitgave die in dit kader past, is in principe verantwoord, zo ook de aankoop van roerende goederen ten behoeve van de pupil. Zo nodig, kan de vrederechter die basisbeschikking aanpassen (art. 407 § 2 B.W.).

CASMAN gaat verder. Zodra voor de aankoop van roerende goederen ten behoeve van de pupil kapitalen moeten worden aangewend, moet, zo stelt zij, machtiging worden gevraagd, tenzij de vrederechter hierin voorzien heeft toen hij, bij de aanvang van de voogdij en meer precies bij het bepalen van de voorwaarden onder welke de gestorte kapitalen of neergelegde titels en waarden kunnen worden teruggenomen (art. 407 § 1, *sub* 5° B.W.), de specifiek door de voogd voorgenomen aankoop voor ogen heeft gehad en de terugneming van kapitalen met dat doel heeft toegelaten. Het vereiste van machtiging slaat volgens CASMAN op het afhalen van het geld, niet op de aankoop zelf: zij kan zich niet voorstellen dat de machtiging kan worden gegeven zonder dat de voogd zich zou verantwoorden over de wijze waarop hij de afgehaalde gelden wil aanwenden (H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *t.a.p.*, 243).

Strikt gezien, is een machtiging vereist voor elke vervreemding van (im)materiële (on)roerende goederen “op initiatief van de voogd” (zij het niet indien het beheer van die goederen aan een financiële instelling is opgedragen; art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.). Zodra de aankoop van om het even welk goed gepaard gaat met de vrijmaking van kapitaal of de vervreemding van (andere) goederen, is die aankoop *de lege lata* aan machtiging onderworpen. Bovendien kan de voogd slechts met medeondertekening van de toeziende voogd kwijting geven van welk kapitaal ook dat de pupil in de loop van de voogdij toekomt (art. 409 § 2, eerste lid B.W.; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 160-161, nr. 37).

Niettemin kan enkel een praktisch haalbaar systeem vruchten afwerpen. Het komt dan ook te verregaand voor om het “afhalen van gelden van een (bank)-rekening” zonder meer met het “vrijmaken van kapitaal” of het “vervreemden van roerende goederen” gelijk te stellen (K. BOONE en S. LEFEBVRE, “Beheer van de effectenportefeuille van een minderjarige”, *T. Fin. R.* 2003, p. 544-545, nr. 56; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 115-116, nr. 32 en p. 118-119, nr. 38; W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 138-139, nr. 35; A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 308-309, nr. 696). Geld moge dan al een materieel of immaterieel goed zijn al naargelang het chartaal of giraal is: bovenal is en blijft het een betaalmiddel.

Zie over het concept “betaalmiddel”: H. SWENNEN, *Financiële wetgeving*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 19, nr. 35.

Welnu, het (beperkte) gebruik van geld als betaalmiddel behoeft geen machtiging: het is inderdaad onzinnig (steeds) een machtiging te eisen, voor de vervreemding van gelden, als de verkrijging van het betaalde goed evenmin machtiging behoeft (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 16, nr. 78 (vgl. wel: p. 17, nr. 85); F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 38-39, nr. 76 (vgl. wel: p. 44, nr. 89)).

Uiteraard kan de voogd niet speculeren met vreemde munten: die munten vormen geen betaalmiddel zodat de verkoop ervan (als schuldvordering) machtiging onderstelt en (in de regel) openbaar geschiedt (art. 1204 Ger.W.).

Het komt de bank ten andere niet toe te waken over het aanwenden van de afgehaalde gelden. Eigenlijk gaat het om een beperkte ruiloperatie. VAN HECKE stelde terzake reeds in 1947: “Le placement de liquidités en banque par ouverture d’un compte de dépôt d’espèces, sera toujours un acte d’administration, qu’elles que soient les modalités. C’est même un acte de conservation, puisqu’il supprime les risques de perte et de destruction matérielles. Quant au retrait des fonds ainsi déposés ou à leur transfert par chèque ou par virement, il est également un acte d’administration, en tant que réception d’un capital mobilier.” (G. VAN HECKE, noot onder Cass. 6 mei 1943, *R.C.J.B.* 1947, p. 188, nr. 4).

Bijkomend praktisch argument ligt in de Wet van 30 april 1958 “betreffende de handelingsbekwaamheid van de minderjarige voor sommige spaarverrichtingen”. Krachtens artikel 3, tweede lid van deze wet kan de minderjarige een spaar- of depositorekening op zijn naam laten openen zonder toedoen van de wettelijke vertegenwoordiger. Behoudens verzet van de wettelijke vertegenwoordiger, kan de zestienjarige minderjarige bovendien zonder meer een bedrag van 125 EUR per maand opvragen (art. 2, derde lid; Y. LAUWERS, “Art. 2 Wet bankverrichtingen door minderjarigen”, in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1998, p. 12-13, nr. 19). Het zou niet opgaan de wettelijke vertegenwoordiger aan vormvoorschriften te onderwerpen waar de minderjarige dat niet is.

Hoe dan ook lijkt het aanbevelenswaardig voor de vrederechter om in zijn overeenkomstig artikel 407 § 1 B.W. bedoelde basisbeschikkingen voldoende marge te voorzien. Het moet de voogd mogelijk zijn om beperkte (*extra*) aankopen te doen ten behoeve van zijn pupil, zoals bijvoorbeeld huishoudelijk materiaal, kledij en waardepapieren. We spreken tenslotte over een verantwoordelijk persoon die een gezond bewind moet voeren (art. 405 § 1, derde lid B.W.).

De betaling van een schuld behoeft sowieso geen machtiging.

K. “BESCHIKKEN” OVER DE GOEDEREN DIE ONBESCHIKBAAR ZIJN OP GROND VAN EEN BESLISSING GENOMEN KRACHTENS ARTIKEL 379 B.W., OP GROND VAN ARTIKEL 776 B.W. OF OVEREENKOMSTIG EEN BESLISSING VAN DE FAMILIERAAD GENOMEN VÓÓR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 29 APRIL 2001

537 De wetgever van 13 februari 2003 vult artikel 379, eerste lid B.W. aan met twee nieuwe leden.

Luidens artikel 379, tweede lid B.W. beveelt iedere rechterlijke beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over geldsommen die toekomen aan een minderjarige, ambtshalve dat deze geldsommen worden geplaatst op een rekening die op zijn naam is geopend. Behoudens het ouderlijke vruchtgenot, is de rekening onbeschikbaar tot het tijdstip van de meerderjarigheid van de minderjarige.

Bij de inschrijving van een gedinginleidende akte moet dus goed worden nagekeken of in de beoogde procedure geen pupil is betrokken. In voorkomend geval vermeldt de griffier dit best op het dossier van de rechtspleging, derwijze dat het de aandacht trekt van elkeen wie instaat voor de redactie van de rechterlijke beslissing en de kennisgeving ervan.

Artikel 379, derde lid B.W. vervolgt dat de griffier van de in kracht van gewijsde getreden beslissing in de zin van artikel 379, tweede lid B.W. kennis geeft door toezending van een afschrift bij een ter post aangetekende brief aan de schuldenaars. Dientengevolge kunnen deze laatsten zich slechts met nakoming van de rechterlijke beslissing rechtsgeldig bevrijden.

Hoe de griffier kennis krijgt van het in kracht van gewijsde gaan van de beslissing, is een raadsel (F. SWENNEN en T. ROBERT, “De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta*”, preadvies naar aanleiding van het 41^{ste} Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging op 11 juni 2004 aangaande toezichthouders in het recht”, *R.W.* 2003-04, p. 1617-1618, nr. 11; U. VAN DEN PLAS, “Nieuwe opdracht voor de griffier – Waakzaamheid bij het inschrijven van een dossier”, *De Schakel* 2004, afl. 68, 12-14). Door deze lacune zal de bepaling in de praktijk dikwijls dode letter blijven.

In die omstandigheden raadt VAN DEN PLAS de griffier aan om gelijktijdig met de kennisgeving van de beslissing op basis van de artikelen 792, 1030 Ger.W. of andere bepalingen, de in artikel 379, derde lid B.W. bedoelde aangetekende zending tot de schuldenaar(s) te richten (U. VAN DEN PLAS, *t.a.p.*, 13-14). Voor de goede orde citeert de griffier hierbij best de integrale tekst van artikel 379, tweede en derde lid B.W.

Wanneer een voogdij is ontstaan, zendt de vermelde griffier eveneens een afschrift toe aan de griffier van het vredegerecht waarvan de voogdij afhangt. De wetgever van 13 februari 2003 acht het wenselijk de vrederechter van de plaats waar de voogdij is ontstaan, in kennis te stellen van de beslissing opdat hij op de bestemming van de fondsen controle kan uitoefenen (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 1772/003, p. 2; *Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 1772/007, p. 15).

De bedoelde geldsommen blijven gedurende de voogdij principieel onbeschikbaar.

538 Artikel 379, tweede en derde lid B.W. strekt ertoe de geldsommen die bij een rechterlijke beslissing aan een minderjarige zijn toegekend, onbeschikbaar te maken.

In wezen betreft artikel 379 B.W. het ouderlijke goederenbeheer. Bij gebrek aan controle op de roerende goederen van minderjarigen onder ouderlijk gezag, kan de toestand delicaat zijn wanneer bij rechterlijke beslissing aan de minderjarige aanzienlijke bedragen worden toegekend. Dit is zeker het geval inzake de vergoeding van persoonlijke nadelen die na de minderjarigheid kunnen voortduren: “Met het oog op de bescherming van de minderjarige en ter voorkoming van iedere ondoordachte aanwending van de geldsommen die hem toekomen” wenst de wetgever die fondsen onbeschikbaar te maken tot aan de meerderjarigheid, zij het onder voorbehoud van het ouderlijke vruchtgenot (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 1772/003, p. 2).

Traditioneel speelt het vruchtgenot niet met betrekking tot de ten behoeve van de minderjarige op een (bank)rekening gedeponeerde gelden. Hier heeft de wetgever blijkbaar in een nuance voorzien (G. VERSCHULDEN, “De aanpassing van het beschermingsregime inzake het beheer van de goederen van minderjarigen”, *T.V.W.* 2003, 252; G. VERSCHULDEN, “De Wet van 13 februari 2003 inzake het beheer van de goederen van minderjarigen: een reparatiewet met belangrijke gevolgen”, *T.J.K.* 2003, p. 138, nr. 11).

De wetgever van 13 februari 2003 heeft evenwel de vroegere discussie omtrent het toepassingsgebied van de in artikel 379 B.W. bepaalde toezichtsmaatregelen achterhaald: artikel 379, tweede en derde lid B.W. geldt ook inzake de voogdij (U. VAN DEN PLAS, *t.a.p.*, 12).

Anders: F. SWENNEN en T. ROBERT, *t.a.p.*, p. 1616-1617, nr. 8.

Vgl.: P. SENAËVE, "Art. 379 B.W.", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1987, p. 9-10, nr. 20.

Zie reeds: Brussel 16 april 1971, *J.T.* 1971, 443; G. BAERT, "Beschouwingen over de burgerrechtelijke bepalingen van de Wet van 8 april 1965 op de jeugdbescherming", *R.W.* 1967-68, 14, nr. 25; M. VAN BALBERGHE, "Toezicht op het aanwenden van geldsommen die aan minderjarigen toekomen", *R.W.* 1966-67, 331, nr. 3.

Zie ook: C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 118, die er op wijzen dat het parallelisme tussen het ouderlijk gezag en het voogdijgezag kracht wordt bijgezet op het vlak van de aan de pupil toekomende geldsommen.

539 De plaatsing en de blokkering moeten voortaan ambtshalve door elke rechter worden bevolen, daar waar voorheen de plaatsing en de blokkering facultatief waren. De vroegere rechtspraak die de plaatsing en de blokkering beval, wordt verheven tot een algemeen beginsel (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 15-16*).

De rechter heeft thans geen beoordelingsbevoegdheid meer: hij moet ambtshalve bevelen dat de geldsommen op een rekening van de pupil geplaatst en geblokkeerd worden. De rechter kan dus geen rekening houden met de concrete omstandigheden van het geval en eigenlijk evenmin met de belangen van de pupil (met alle onpraktische gevolgen vandien: T. MOREAU en J. SOSSON, "La loi du 13 février 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens des mineurs", *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 705).

Wel moet rekening worden gehouden met de bedoeling van de wetgever, die een preventieve bescherming wil bieden. Zo zou het absurd zijn om de in een rechterlijke beslissing te persoonlijke titel aan de minderjarige toegekende onderhoudsgelden te blokkeren ... Onderhoudsgelden kunnen dan ook niet worden begrepen onder "geldsommen die toekomen aan een minderjarige" in de zin van artikel 379, tweede lid B.W. (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 26, nr. 50). Voorts rijst de vraag of de door een wettelijke vertegenwoordiger *qualitate qua* gevorderde onderhoudsbijdrage sowieso aan een minderjarige toekomende gelden betreft ... (F. SWENNEN, "Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij" en "Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter", in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepservaringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 39).

Op de valreep heeft de wetgever van 13 februari 2003 afgezien van hetgeen het oude artikel 379, tweede lid B.W. bepaalde: "wanneer er reden is om te vrezen dat geldsommen die aan een minderjarige toekomen niet in zijn belang worden gebruikt, kan de rechter op vordering van het openbaar ministerie of van elke persoon die doet blijken dat de belangen van de minderjarige beschermd moeten worden, nader bepalen welke bestemming aan die sommen moet worden gegeven".

In het raam van de parlementaire voorbereiding van de Wet van 13 februari 2003 bestond het oorspronkelijke voorstel erin de tot dan toe bevoegde jeugdrechtbank te vervangen door de vrederechter (*Parl. St. Kamer 2001-02, 50 1772/004, p. 5*).

Het oorspronkelijke voorstel beoogde eveneens de in artikel 387bis B.W. bepaalde bevoegdheid van de jeugdrechtbank over te hevelen naar de vrederechter. Men wenste de controle over het beheer van de goederen van minderjarigen bij een en dezelfde rechter te centraliseren en achtte de vrederechter hiervoor de natuurlijke rechter. Op deze wijze zou de vrederechter immers zowel de

controle op het beheer van de goederen inzake het ouderlijk gezag als inzake het voogdijgezag hebben uitgeoefend (zie dienaangaande: L. CARENS, *t.a.p.*, p. 160-161, nr. 15; E. VIEUJEAN, "Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants", *t.a.p.*, p. 11-12, nr. 10; W. PINTENS, "De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003", *t.a.p.*, p. 127-128, nr. 7).

Volgens sommigen betekende dit een onverantwoorde beknotting van de principiële bevoegdheid van de jeugdrechtbank inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Inderdaad, krachtens artikel 387bis B.W. kan de jeugdrechtbank, uitsluitend in het belang van het kind, elke beschikking inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag aan de zijde van de ouders hetzij voor de eerste keer opleggen hetzij wijzigen (K. HERBOTS, "Art. 387bis B.W.", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAEVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 3-4, nrs. 3-4).

Anderen zien artikel 387bis B.W. hoe dan ook beperkt tot de afdeling waaronder de wetgever het plaatst: "de goederen van het kind". In die optiek trouwens is de bedoelde overheveling voorgesteld (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 1772/004, p. 5: "Het is aangewezen dat de controle over het beheer van de goederen van de minderjarige wordt gecentraliseerd bij eenzelfde instantie. De vrederechter lijkt hiertoe de natuurlijke rechter").

Onder impuls van "vertegenwoordigers van de professionele en academische kringen" heeft de wetgever van de voorgenomen wetswijziging afgezien (*Parl. St. Senaat* 2002-03, 2-1058/8). De overdracht van bevoegdheid is ten andere nooit met de vrederechters besproken. Men kan die magistraten bezwaarlijk een nieuwe bevoegdheid toekennen zonder voorafgaand met hen te overleggen. Bovendien is de bedoelde kwestie onvoldoende ter discussie gesteld (*Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 1772/011, p. 4).

De wetgever vindt voormelde bepaling overbodig, ingevolge het "nieuwe" artikel 379, tweede en derde lid B.W. (*Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 1772/012).

Niettemin moet worden opgemerkt dat artikel 379, tweede en derde lid B.W. enkel geldsommen betreft die aan de minderjarige toekomen ingevolge een rechterlijke beslissing (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 1772/003, p. 2; F. SWENNEN, "Artikel 1187 Ger.W.: territoriaal bevoegde vrederechter en blokkering van aandeel in de verkoopprijs", noot onder Westerlo 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1514-1515). Volgens voormelde auteur is artikel 379, tweede lid B.W. geenszins van toepassing op de vrederechterlijke machtigingsbeschikkingen voor een handeling in verband met gelden, fondsen of andere waarden (zie ook: F. SWENNEN en T. ROBERT, *t.a.p.*, p. 1617, nr. 9; anders: U. VAN DEN PLAS, *t.a.p.*, 14-15, die beklemtoont dat telkens wanneer de vrederechter een bijzondere machtiging verleent om ten behoeve van de pupil een bepaalde handeling te stellen, waaruit voortvloeit dat hem mogelijks gelden, fondsen of andere waarden zullen toekomen, de beschikking in de blokkering moet voorzien). Het oude artikel 379, tweede lid B.W. daarentegen, betreft alle geldsommen die aan een minderjarige toekomen. Het is hierbij niet relevant welke de oorsprong is van deze sommen en evenmin wat de reden is waarom ze aan de minderjarige verschuldigd zijn. De enige beperking ligt in het feit dat het moet gaan om sommen die aan de minderjarige toekomen (P. SENAEVE, "Art. 379 B.W.", *t.a.p.*, p. 7-9, nrs. 14-17; F. SWENNEN en T. ROBERT, *t.a.p.*, p. 1617, nr. 10).

Dienaangaande preciseert de parlementaire voorbereiding dat, indien een van de ouders of een belanghebbende vaststellen dat bepaalde geldsommen niet in het belang van de minderjarige worden gebruikt, zij zich tot de rechter kunnen

wenden die “op grond van zijn algemeen toezicht” zal optreden (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/013, p. 3-4*).

Toch rijzen enkele vragen. Welke rechter? De normaal bevoegde rechter inzake het ouderlijke goederenbeheer is de jeugdrechtbank (art. 387*bis* B.W.). Wie is titularis van dergelijke vordering? De ouders in ieder geval. Het vorderingsrecht komt ook toe aan het openbaar ministerie (K. HERBOTS, *t.a.p.*, p. 9, nr. 17). Voor een optreden van elke betrokkene die de noodzaak aantoont dat de belangen van de minderjarige moeten worden beschermd, ontbreekt thans, anders dan voorheen, een wettelijke grondslag (vgl.: oud art. 379, tweede lid B.W.; P. SENAEVE, “Art. 379 B.W.”, *t.a.p.*, p. 12-13, nr. 27). Deze persoon moet zich nu tot het openbaar ministerie richten. Die wettelijke grondslag is er wel inzake de voogdij: het verzoek tot aanpassing dan wel wijziging van de in artikel 407 § 1 B.W. bedoelde basisbeschikkingen kan uitgaan van de voogd, van de toeziende voogd, van de procureur des Konings, maar ook van “enige andere belanghebbende” (art. 407 § 2 B.W.) (W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 130, nr. 12).

De onbeschikbaarheid is niet absoluut: de vrederechter kan machtiging verlenen om over de bedoelde geldsommen te beschikken (inzake het ouderlijk gezag: art. 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1, *sub* 14° B.W.), zij het steeds in het belang van de minderjarige, bijvoorbeeld wanneer een betere belegging mogelijk is.

De verwijzing in artikel 378 § 1, eerste lid B.W. naar artikel 410 § 1, *sub* 14° B.W. is op het allerlaatste nippertje toegevoegd (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/012*).

Zie terzake: N. GALLUS, “Tutelle et administration légale: la réforme de la réforme”, *Div. Act.* 2003, 77.

540 Op dit alles pikt artikel 410 § 1, *sub* 14° B.W. in: de voogd kan enkel met machtiging van de vrederechter over de bedoelde gelden beschikken. Dergelijke machtiging staat in het belang van de minderjarige: wanneer een betere belegging mogelijk is, lijkt deblokkering aangewezen.

541 Dezelfde regeling geldt voor de nalatenschapsgelden die overeenkomstig artikel 776, tweede lid B.W. op een rekening op naam van de pupil zijn geplaatst en voor de onbeschikbare gelden krachtens een vóór de Wet van 29 april 2001 genomen beslissing van de familieraad.

Het zij opgemerkt dat het in artikel 776 B.W. enkel gaat over nalatenschapsgelden en bijvoorbeeld niet over kapitalen die de pupil toevallen ingevolge een levensverzekering (F. SWENNEN en T. ROBERT, *t.a.p.*, p. 1615, nr. 4; vgl.: F. SWENNEN, “Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij” en “Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter”, *t.a.p.*, 45, waarbij er op wordt gewezen dat de begunstiging in een levensverzekering als een onrechtstreekse schenking kan doorgaan). Artikel 776 B.W. betreft enkel de fondsen en de waarden die de onbekwame “door een nalatenschap heeft verkregen” (*Parl. St. Kamer 2001-02, 50 1772/*

003, p. 4), die met andere woorden deel uitmaken van de nalatenschap. De latere tegeldemaking van andere bestanddelen van de nalatenschap dan fondsen en waarden valt niet onder het toepassingsgebied van artikel 776 B.W. (F. SWENNEN, “Artikel 1187 Ger.W.: territoriaal bevoegde vrederechter en blokering van aandeel in de verkoopprijs”, *t.a.p.*, 1514). Artikel 776 B.W. is wel van toepassing op alle fondsen en waarden die de pupil in het raam van de vereffening-verdeling toevallen, bijvoorbeeld ook op de opleg in geld of in financiële instrumenten die in voorkomend geval door een andere erfgenaam worden betaald (art. 883 B.W.).

MOREAU en SOSSON wijzen op de onpraktische gevolgen van de in artikel 776, tweede lid B.W. bepaalde verplichting (T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 707: “Ce blocage automatique confronte par ailleurs le secteur bancaire à de nouvelles difficultés, notamment en termes de détermination de la part des avoirs successoraux bancaires revenant aux mineurs qui devront être bloqués: comment déterminer d'emblée, dès l'ouverture de la succession, ce qui revient au mineur et ce qui revient aux autres cohéritiers? La répartition des avoirs successoraux aux héritiers intervenant collectivement, qui en pratique s'opérait antérieurement souvent avant le partage, risque d'être largement retardée, les banques, afin de ne pas faire d'erreur, risquant d'attendre qu'on leur indique officiellement et précisément la part revenant au mineur qui doit rester bloquée ...”). Zie meer uitgebreid over artikel 776 B.W.: F. SWENNEN en T. ROBERT, *t.a.p.*, p. 1614-1616, nrs. 2-6.

“Onbeschikbare gelden krachtens een vóór de Wet van 29 april 2001 genomen beslissing van de familieraad” is een problematisch gegeven, althans wat de vroegere ouderlijke voogdijen betreft. Zij zijn met de Wet van 29 april 2001 per 1 augustus 2001 van rechtswege vervallen, zo ook de rechtskracht van de in het raam van die voogdijen genomen beslissingen van de familieraad (L. CARENS, *t.a.p.*, p. 156-157, nrs. 7-8; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1540, nr. 177). Enkel de hypothecaire inschrijving tot waarborg van het beheer overleefde de vermelde datum van inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001 met één jaar (art. 89 § 1).

Uit de indeling van artikel 89 van de Wet van 29 april 2001 blijkt dat de ouderlijke voogd, bij het einde van de ouderlijke voogdij, strikt gezien niet tot redactie van een formele voogdijrekening was gehouden (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/13, p. 2; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 21, nr. 103). De overgang van de gedeeltelijke voogdij naar het volwaardige ouderlijk gezag verliep immers automatisch. Dit bracht met zich dat de in het raam van de gewezen gedeeltelijke voogdij (ten behoeve van de pupil) geblokkeerde gelden per 1 augustus 2001 (op eenvoudig verzoek) konden worden vrijgemaakt (S. MOSSELMANS, “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, *t.a.p.*, p. 249, nr. 563).

Zie voor een toepassing: C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 141-146.

Zeker waar het een (gewezen) ouderlijke voogd betrof, was inzake diens verantwoordingsverplichting enige soepelheid aangewezen: diegene die rekening en verantwoording moest verschaffen en diegene aan wie (zij het ten behoeve van de pupil) rekening en verantwoording moest worden verschaft, was immers een en dezelfde persoon.

Niettemin heeft de wetgever van 13 februari 2003 de in artikel 410 § 1, *sub* 14° B.W. bepaalde regel zonder meer geëxtrapoleerd naar het ouderlijk gezag.

Zie trouwens: *Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 1772/003, p. 3; *Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 1772/013, p. 5.

De wetgever acht het wenselijk de eertijdse onbeschikbaarheid te handhaven, tenzij een andersluidende en met redenen omklede beslissing voorligt. De wetgever vreest het gevaar dat de fondsen anders op het ogenblik van de meerderjarigheid zouden verdwenen zijn. Er zijn ten andere gevallen waarbij destijds gelden, bijvoorbeeld door grootouders, via de ouderlijke voogdstreeks ten behoeve van de minderjarige zijn gegeven “in gedachte” dat die gelden tot de meerderjarigheid geblokkeerd zouden blijven. Die gedachte kan niet worden gefnuikt.

De wetgever wenst *a posteriori* eerbiedigende werking toe te kennen aan dwingende wetgeving, wat (hier) niet kan. De blokkering kan niet herleven krachtens de Reparatiewet van 13 februari 2003: dit zou betekenen dat haar terugwerkende kracht wordt verleend. Deze retroactiviteit is onmogelijk, daar de meeste gelden intussen zijn gedeblokkeerd en de ouders, krachtens artikel 379, eerste lid B.W., slechts bij het einde van het ouderlijk gezag verantwoordelijk zijn (C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 97; E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants”, *t.a.p.*, p. 11, nr. 10). Bovendien blijkt noch uit de wettekst (van 29 april 2001) noch uit de parlementaire voorbereiding dat enige retroactiviteit is bedoeld. De wetgever van 13 februari 2003 is er alleen verkeerdelijk van uitgegaan dat de blokkering behouden was gebleven (W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 131-132, nr. 17).

De bedoelde extrapolatie kan dus hoogstens de nog niet zoals voormeld vrijgemaakte gelden betreffen. Over gelden die op 4 april 2003, datum van inwerkingtreding van de Reparatiewet van 13 februari 2003, nog geblokkeerd zijn, kan slechts met machtiging van de vrederechter worden beschikt.

§ 2. Vervreemding van souvenirs en persoonlijke voorwerpen

542 Krachtens artikel 410 § 2, vierde lid B.W. blijven “souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen” ter beschikking van de minderjarige tot zijn meerderjarigheid. Verder kunnen de aan de pupil toekomende souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen niet worden vervreemd tenzij dit “volstrekt noodzakelijk” is, hetgeen door de voogd moet worden bewezen en door de vrederechter (slechts in volgestrekte uitzonderingsgevallen en met bijzondere motiveering) kan worden toegestaan (art. 410 § 1, *sub* 13° B.W.) (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 24; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1508-1509, nr. 126).

Vgl.: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 48, alwaar men (ten onrechte) doet uitschijnen als zou (volgens een eerdere versie van de wettekst) te dezen geen (vrede)rechterlijke controle aan de orde zijn (zie: E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 38, nr. 42).

Vóór de Wet van 3 mei 2003 gold inzake het voorlopig bewind een absoluut vervreemdingsverbod (oud art. 488*bis*, f § 4, derde lid B.W.): de wetgever achtte dit noodzakelijk op het menselijke vlak, zo ook gelet op het curatieve aspect.

Zie: F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 125, nr. 65; H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, *t.a.p.*, p. 136, nr. 37; E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 4 B.W.”, in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAEVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1995, p. 4, nr. 12; G. STABEL, *t.a.p.*, p. 281, nr. 6; W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 177, nr. 36; J. VAN COMPERNOLLE, “Considérations sur la vente des biens des incapables majeurs pourvus d’un administrateur provisoire”, *t.a.p.*, p. 450-451, nrs. 21 en 23; vgl.: S. DE MEUTER, *t.a.p.*, 187.

Thans kunnen ook inzake het voorlopig bewind souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen worden vervreemd indien dit “strikt noodzakelijk” is (art. 488*bis*, f § 4, vierde lid B.W.): de vrederechter moet dat nauwgezet beoordelen.

Zie: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488*bis* du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 123, nr. 172 en p. 135, nr. 195; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, *t.a.p.*, p. 31-32, nr. 72; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 199, nr. 419; E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *t.a.p.*, p. 681, nr. 12.

543 “In elk geval” wordt de pupil (die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt) uitgenodigd om (indien hij dit wenst) gehoord te worden, alvorens de bedoelde (uitzonderlijke) machtiging kan worden verleend (art. 410 § 2, vijfde lid B.W.).

Nu artikel 410 § 2 B.W. zulks in een apart vijfde lid vooropstelt, lijken sommigen hieruit, mijns inziens ten onrechte, af te leiden dat de minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt, indien hij dit wenst, moet worden uitgenodigd bij alle beslissingen inzake vervreemding van de goederen van de pupil (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 233, voetnoot 99 en 234, voetnoot 102; N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 16, nr. 22).

Terzake zij overigens verwezen naar de discussie die zich hieromtrent in de Senaat heeft voorgedaan (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 44-47).

De meerderheidsopvatting ligt in de lijn van de vermelde parlementaire voorbereiding (F. APS, *t.a.p.*, p. 278, nr. 633; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak (1995-2000): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 2001, p. 2071, nr. 625; A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 119, nr. 280, n; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 16, nr. 79; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 113, nr. 29).

Krachtens artikel 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W. moet de (vrede)rechter de minderjarige (pupil) enkel oproepen (in procedures die betrekking hebben op zijn goederen) indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

Zie bv. ook: H. NUYTINCK, "La tutelle des mineurs dans les législations étrangères", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, p. 359-361, nr. 8, alwaar mede op basis van een rechtsvergelijking de deelname van de minderjarige pupil inzake het voogdijbeheer wordt bepleit.

Zie ook: H. NUYTINCK, "De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk", *t.a.p.*, p. 55-58, nrs. 38-42.

Waar het evenwel souvenirs en (andere) persoonlijke voorwerpen betreft, acht de wetgever het aangewezen te dezen het advies van de minderjarige in te winnen, zelfs ingeval hij jonger is dan vijftien jaar, dit overeenkomstig de algemene beginselen van artikel 931, derde tot zevende lid Ger.W., volgens welke de minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt hoe dan ook kan vragen om gehoord te worden (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 24).

Artikel 410 § 2, vijfde lid B.W. verwijst aldus niet naar een leeftijd (van 12 of vijftien jaar), maar naar het in artikel 931, derde lid Ger.W. vervatte gemeenrechtelijke "onderscheidingsvermogen" ...

Zie omtrent dit begrip: Antwerpen 6 maart 2002, *NjW* 2002, 97.

544 Als souvenirs en (andere) persoonlijke voorwerpen zijn bijvoorbeeld te beschouwen fotoalbums, brieven, alsook (familie)juwelen, (bepaalde) meubelstukken en (andere) voorwerpen die aan de (overleden) ouders van de minderjarige of aan een familielid hebben toebehoord en, meer algemeen, ieder voorwerp dat voor de pupil een bijzondere gevoelswaarde kan hebben (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 24). Dientengevolge komt het eigenlijk enkel aan de pupil zelf toe om uit te maken welke goederen het precies betreft: wanneer de pupil zich kan uiten, bepaalt zijn subjectieve kwalificatie uiteindelijk of het bedoelde goed (tijdens de minderjarigheid) mag worden verkocht of niet.

Zie ook: M. BOSMANS, *t.a.p.*, 320-321; E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *t.a.p.*, p. 128, nr. 48.

Het is voor de vrederechter niet (altijd) eenvoudig te appreciëren wat bewaard dient te blijven en wat niet. De impact van de bedoelde bepaling mag hoe dan ook niet worden overschat. Speelgoed kan ook vóór de meerderjarigheid zonder machtiging een weg naar de rommelmarkt vinden: of dat speelgoed een souvenir of een persoonlijk voorwerp uitmaakt, hangt af van de (subjectieve) waardering van de (minderjarige) pupil; krijgt het die waardering niet, dan is het een onbruikbaar voorwerp (F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving", *t.a.p.*, p. 39-40, nr. 77).

545 De bedoelde goederen blijven hoe dan ook vatbaar voor beslag. De in artikel 1408 § 1 Ger.W. vermelde lijst van in beginsel niet voor beslag vatbare levensnoodzakelijke goederen is immers beperkter dan de in artikel 410 § 2, vierde lid B.W. bedoelde souvenirs en (andere) persoonlijke voorwerpen.

Zie ook: F. BLONTRÖCK, *t.a.p.*, p. 125, nr. 65; M. BOSMANS, *t.a.p.*, 321; E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *t.a.p.*, p. 128, nr. 48.

546 Men zou kunnen voorhouden dat artikel 410 § 1, *sub* 13° B.W., dat uitdrukkelijk de bijzondere (vrede)rechterlijke machtiging voorschrijft voor “de vervreemding van souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen, zelfs als het om voorwerpen van geringe waarde gaat” overbodig is, nu de artikelen 410 § 1, *sub* 1° *juncto* 410 § 2, vierde en vijfde lid B.W. de voogd toch verplichten om machtiging te vragen om elk goed van de pupil te (mogen) vervreemden, zodat ook voorwerpen die een aandenken zijn en (andere) persoonlijke voorwerpen daaronder vallen (*Parl. St.* Kamer 2000-01, 50 0576/018, p. 3).

Niettemin verhindert artikel 410 § 1, *sub* 13° B.W. dat de voogd, zonder machtiging van de vrederechter, in wezen onbruikbare souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen zou vervreemden (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 38, nr. 42).

§ 3. Verkrijging door de (toeziende) voogd van goederen van de pupil

547 Krachtens artikel 411 B.W. kunnen de voogd en de toeziende voogd geen goederen van de minderjarige verkrijgen, noch rechtstreeks noch door een tussenpersoon, behalve op grond van de Wet van 16 mei 1900 “tot wijziging van het erfstelsel voor de kleine nalatenschappen”, van de Wet van 29 augustus 1988 “op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit” of in het raam van een gerechtelijke verdeling of een minnelijke verdeling overeenkomstig artikel 1206 Ger.W.

§ 4. Aankoop van een goed

A. AANKOOP VAN EEN ONROEREND GOED

548 Krachtens artikel 410 § 1, *sub* 9° B.W. moet de voogd ook wanneer hij voornemens is om namens zijn pupil een onroerend goed (uit hun aard) aan te kopen, de vrederechter om machtiging verzoeken. Dit is ook zo inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* i B.W.; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 199, nr. 418). Het vroeger in de notariële praktijk al eens gemaakte onderscheid tussen de aankoop van een onroerend goed met financiering enerzijds (waarvoor de oude art. 457-458 B.W. de voorafgaande machtiging van de familieraad en de homologatie door de rechtbank van eerste aanleg vooropstelden) en de contant betaalde aankoop anderzijds (die de voogd gebeurlijk alleen kon verrichten; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1260, nr. 1370, b) is thans irrelevant (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 236; H. CASMAN, “Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, 11; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 36-37, nr. 29).

549 De machtiging moet de aankoop voorafgaan. De onderhandse koopovereenkomst “onder de opschortende voorwaarde van machtiging” is der-

halve ontoelaatbaar (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 109, nr. 22). Het machtigingsvereiste zou anders elk doel missen.

Een eenzijdig aanbod aan de zijde van de verkoper kan uiteraard wel (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 14, nr. 14).

550 Machtigt de vrederechter de voorgestelde aankoop, dan wordt de aankoopakte onderschreven door de wettelijke vertegenwoordiger(s).

De wetgever vereist niet dat die akte wordt verleden ten overstaan van de vrederechter van de plaats van de ligging, dit in tegenstelling tot bij de openbare verkoop van een onroerend goed dat de pupil geheel of ten dele toebehoort.

551 Artikel 407 § 1, *sub* 5° B.W. voorziet in een bijkomende vorm van controle wanneer voor de aankoop gelden moeten worden gedeblokkeerd (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 13-14, nr. 10).

Indien de aankoop van een onroerend goed kan worden aangezien als een daad van beheer in die zin dat de handeling ertoe strekt het kapitaal zijn normaal rendement te (blijven) geven zonder het als dusdanig aan te tasten, zou onder verwijzing naar artikel 407 § 3 B.W. kunnen worden gesteld dat de vrijgave van gelden door de aangewezen erkende instelling, geen bijzondere machtiging onderstelt.

552 De machtiging is enkel vereist voor de “aankoop” van een onroerend goed (vgl.: art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.), niet zo het de pupil middels een andere vorm van eigendomsverwerving toekomt, bijvoorbeeld verdeling (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 116, nr. 33).

De wetgever beoogt wel alle aankopen, dit wil zeggen met of zonder bijzondere modaliteiten, en dus met inbegrip van bijvoorbeeld de aankoop van een woning op plan (met toepassing van de “Wet Breyne”), de aankoop met geheel of gedeeltelijk uitgestelde betaling en zelfs de aankoop op lijfrente (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 400, nr. 93; N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 13, nr. 9). Hoewel een aankoop op lijfrente niet uitgesloten is, gebiedt dit een maximale omzichtigheid gelet op het speculatieve karakter. Hetzelfde geldt voor de aankoop door een of meerdere kopers, waaronder de pupil, met een beding van tontine of van aanwas. Het spreekt vanzelf dat deze modaliteiten in de gevraagde machtiging begrepen moeten zijn (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 14, nr. 13; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 118, nr. 37).

Het lijkt praktisch moeilijk werkbaar, maar de aankoop van een onroerend goed op een openbare verkoop is evenmin uitgesloten, zeker indien (in voorkomend geval na machtiging) namens de pupil een kapitaal ter beschikking is: de vrederechter beperkt de bevoegdheid van de voogd als “bieder” best tot een bepaald plafond. Met betrekking tot de aankoop van een onroerend goed met de opbrengsten van een andere verkoop is voorzichtigheid geboden: de verkoopprijs moet de aankoopprijs voldoende dekken. Duidelijk aparte machtigingen zijn nodig (art. 410 § 1, *sub* 1° en 9° B.W.).

Zonder machtiging kan de voogd op een openbare verkoop niet bieden in naam van de pupil. De notaris kan niet toewijzen onder de opschortende voorwaarde van het bekomen van de machtiging. Het bod van de wettelijke vertegenwoordigers kan wel worden aanvaard indien zij er zich persoonlijk toe verbinden in eigen naam te kopen ingeval de vereiste machtiging niet zou worden bekomen (N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 14, nr. 15; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 117, nr. 36).

De machtiging is niet vereist voor de aankoop van een onroerend goed door bestemming in de zin van de artikelen 525-526 B.W., evenmin voor de onroerende goederen door het voorwerp waarop zij betrekking hebben in de zin van artikel 526 B.W.

553 Het komt vaak voor dat de aankoop van een onroerend goed weliswaar (gedeeltelijk) op naam van de pupil gebeurt maar met andermans gelden.

Strikt gezien, omvat dergelijke operatie eensdeels een (onrechtstreekse) schenking van de aankoopprijs, gebeurlijk een handgift, en anderdeels een aankoop ten behoeve van de pupil, zij het met geschonken gelden. De voogd kan dit hoe dan ook niet zonder vrederechterlijke machtiging (art. 410 § 1, *sub* 9° B.W.), *a fortiori* niet indien in specifieke clausules wordt voorzien.

Volgens DE BUSSCHERE is artikel 410 § 1, *sub* 9° B.W. niet van toepassing: deze bepaling beoogt enkel de aankoop met gelden van de pupil zelf (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 417, nr. 124; N. DELFORGE en I. VOETEN, “Het sluiten van een koopovereenkomst als verkoper of als koper”, *t.a.p.*, p. 4, nr. 16).

Voor de ouders alsook voor de andere bloedverwanten in de opgaande lijn speelt (i.v.m. de schenking van de gelden) artikel 935, derde lid B.W.

Zie ook: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 47, nr. 38, voetnoot 104.

554 Kan men zich sterkmaken ten behoeve van een minderjarige? Kan een grootouder onder een beding van sterkmaking met eigen gelden aankopen op naam van zijn kleinkind? De rechtsleer twijfelt (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 117, nr. 35). GRÉGOIRE antwoordt positief om reden dat de minderjarige, eens meerderjarig, het recht heeft de bedoelde sterkmaking al dan niet te bekrachtigen (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 185, nr. 66).

B. AANKOOP VAN EEN ROEREND GOED

555 De machtiging is niet vereist voor de aankoop van een roerend goed, zij het dat uitgaven inzake de voogdij in beginsel moeten kaderen binnen de (*ab initio*, doch steeds voor wijziging vatbare) vrederechterlijk bepaalde bestedings- en beleggingsvoorwaarden (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 233).

Zie wel: *Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 41-42.

Een ouder kan daarentegen vrij (zij het onder zijn ouderlijke verantwoordelijkheid) en derhalve zonder vrederechterlijke machtiging (her)beleggen (d.w.z. zonder dat hij wezenlijke beleggingselementen uit het vermogen vreemdt), zo ook beschikbare gelden (van zijn kind) aanwenden om roerende goederen aan te kopen. Het aanwenden van gelden (als betaalmiddel) kan niet gelijkgesteld worden met “vervreemden” in de zin van artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W.

Een andere zienswijze zou overigens al te zeer indruisen tegen artikel 410 § 1, *sub* 9° B.W. dat enkel onroerende goederen beoogt.

Zie nochtans: L. CARENS, *t.a.p.*, p. 161-162, nr. 17; H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 233 en 243-244; H. CASMAN, “Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, 11; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 48, nr. 38.

Bovendien moet een en ander (praktisch) werkbaar blijven.

Zie ook: M. PUELINCKX-COENE, “*Actualia* schenkingen: *capita selecta*”, in H. CASMAN, Chr. ENGELS, A. HEYVAERT, M. PUELINCKX-COENE en P. SENAËVE, *Notariële actualiteit – Familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2002, 140, die stelt dat men de “bevoogding” van de ouders niet nog meer moet gaan accentueren; A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 313-314, nrs. 705-708.

Zo had het Hof van Beroep te Antwerpen te oordelen over de vraag van een gewezen minderjarige naar rekening en verantwoording vanwege zijn gewezen (ouderlijke) voogd: *in concreto* wenste de gewezen pupil terugbetaling te bekomen van een aantal eertijds van zijn spaarboekje(s) afgehaalde gelden. Nu de bedoelde gelden eigenlijk van de (gewezen) voogd zelf afkomstig waren, voorzagen de appèlrechters in een werkbare, veeleer billijke oplossing. Zij overwogen “dat het plaatsen van gelden door een ouder op een spaarboekje op naam van zijn minderjarig kind niet kan worden beschouwd als een definitieve schenking” (vgl. het betwistbare: Gent 31 mei 1999, *T. Not.* 2000, 456, (kritische) noot F. BLONTROCK), “dat de bedoeling om te schenken pas bestaat op het ogenblik van de meerderjarigheid van het kind of vroeger, in geval van ontvoogding” en “dat de minderjarige voordien handelingsonbekwaam was om de plaatsing van de gelden en de navolgende stortingen te aanvaarden”. Zij vervolgen “dat tevens rekening moet worden gehouden met de bedoeling van de ouder die dergelijke financiële verrichtingen doet”, “dat niet een onmiddellijke schenking wordt beoogd, maar slechts bij de meerderjarigheid van het kind, ten belope van het batig saldo van het spaarboekje”, “dat de schenking wel de uiteindelijke betrachting is” en “dat de ouder bij elke

boeking op de spaarrekening zich impliciet het recht voorbehoudt om over het gespaarde te kunnen beschikken wanneer dit nodig mocht blijken”. In die optiek besluiten zij dat de gewezen pupil zijn gewezen voogd bezwaarlijk kan verwijten eertijds de kwestieuze gelden te hebben afgehaald, nu deze gelden tot aan diens meerderjarigheid eigendom van de voogd zijn gebleven. Verder kan men niet redelijk betwisten dat de voogd de financiële lasten van het kind heeft gedragen, zodat kan worden aangenomen dat de afgehaalde gelden in het belang van het kind werden besteed. De (weinig sympathieke) vordering van de pupil wordt dan ook afgewezen (Antwerpen 17 januari 2000, *R.W.* 2000-01, 272).

Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest: M. PUELINCKX-COENE, “*Actualia* schenkingen: *capita selecta*”, *t.a.p.*, 138-140.

§ 5. Hypotheekverstrekking of in pandgeving van goederen van de pupil

556 Zoals reeds vermeld, moet de voogd ervoor ijveren om het te beheren vermogen zoveel mogelijk in stand te houden en om het, zo mogelijk, in waarde te doen toenemen.

Evenals de vervreemding van de goederen van de pupil, kan ook het bezwaren ervan met zakelijke of persoonlijke zekerheden slechts uitzonderlijk geschieden.

557 Krachtens de oude artikelen 457-458 B.W. had de voogd, die voornemens was een onroerend goed van zijn pupil met een hypotheek te bezwaren, de voorafgaande machtiging van de familieraad nodig (machtiging die niet kon verleend worden dan “uit hoofde van een volstreekte noodzakelijkheid of van een klaarblijkelijk voordeel”) en de homologatie van de rechtbank van eerste aanleg. Sinds het cassatiearrest van 6 mei 1943 valt evenwel elke daad van beschikking onder toepassing van voormelde bepalingen, dus ook de hypotheekverstrekking (wat immers tot reële aanspraken op het bedoelde goed leidt), zodat (strikt gezien) een aparte vermelding niet nodig was (Cass. 6 mei 1943, *Pas.* 1943, I, 157; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1283-1284, nr. 1394).

558 Krachtens artikel 410 § 1, *sub* 3° B.W. moet thans de vrederechter de voogd bijzondere machtiging verlenen om de goederen van de minderjarige te hypothekeren. In dit verband zij ook verwezen naar artikel 73 Hyp.W. luidens welk “bedongen hypotheeken alleen kunnen worden toegestaan door hen die bekwaam zijn om de onroerende goederen welke zij daarmee bezwaren, te vervreemden”.

Het bijzondere karakter van de machtiging om een hypotheek te vestigen op een goed van de pupil impliceert *per se* geen machtiging om namens de pupil te lenen (Brussel 12 november 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 43).

Anders dan inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* c B.W.), bepaalt de wetgever thans (anders dan vroeger; H. CASMAN en J.-P.

MASSON, *t.a.p.*, p. 36, nr. 28) uitdrukkelijk dat hetzelfde geldt voor de inpandgeving van de goederen van de pupil.

Artikel 410 § 1, *sub* 3° B.W. betreft dus het verschaffen van een zakelijke zekerheid op eender welke (on)roerende (on)lichamelijke goederen die de pupil toebehoren, zo bijvoorbeeld ook de inpandgeving van de handelszaak en de hypotheek op schepen.

Ter illustratie zij verwezen naar twee vonnissen van de Vrederechter te Eigenbrakel inzake het ouderlijk gezag. In de eerste zaak machtigt de Vrederechter een weduwe om de gezinswoning, die sinds het overlijden van de vader voor de helft in naakte eigendom toebehoort aan beide minderjarige kinderen (elk voor een vierde), als waarborg laten dienen voor een hypothecaire lening ten bedrage van 75.000 EUR (Vred. Eigenbrakel 15 april 2003, *T. Vred.* 2004, 234, noot). De bedoelde lening bleek de enige uitweg te zijn om de diverse gezinsschulden te kunnen voldoen: “dans la situation financière actuelle de la famille, les enfants mineurs seraient victimes d’une saisie exécution immobilière qui ferait disparaître leur droit dans la propriété de l’immeuble familial; l’intérêt des enfants mineurs commande dès lors d’autoriser l’affectation en hypothèque de leur droit de propriété dans l’immeuble”. In een tweede gelijkaardige zaak machtigt de Vrederechter een weduwe om de bestaande hypothecaire waarborg die op de gezinswoning drukt, uit te breiden in het raam van een bijkomende lening van 19.500 EUR (Vred. Eigenbrakel 10 maart 2003, *T. Vred.* 2004, 228, noot). Het geleende bedrag dient om verbeterings- en moderniseringswerken te financieren. Op die manier komt een en ander ten goede aan beide minderjarige kinderen die, zoals in het voormelde geval, elk voor een vierde naakte eigenaar zijn ingevolge het overlijden van hun vader.

559 Ook de hypotheekbelofte en het hypothecaire mandaat onderstellen een voorafgaande machtiging.

Men spreekt van een hypothecair mandaat wanneer de schuldenaar een derde machtigt om in zijn naam op een (of meerdere) welbepaald(e) hem toebehoorend(e) goed(eren) voor een bepaald bedrag en een bepaalde schuld een hypotheek te vestigen wanneer de schuldeiser erom zal verzoeken.

Zie hierover: E. DIRIX en R. DE CORTE, “Zekerheidsrechten”, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, Brussel, Story-Scientia, 1999, p. 443-444, nr. 649.

Om geldig te zijn, moet het mandaat authentiek zijn (art. 76, tweede lid Hyp.W.). De derde aan wie het mandaat wordt gegeven is de vertrouwensman van de schuldeiser, bijvoorbeeld de kantoorhouder van de bank. Dit mandaat is herroepelijk tenzij de partijen het tegendeel overeenkomen, hetgeen in de praktijk steeds het geval is. Als zekerheid beschikt de schuldeiser niet over een hypotheek en *a fortiori* niet over een inschrijving: het enige wat hij met zekerheid weet, is dat de hypotheekakte zal worden verleden op zijn eerste verzoek.

Nu geen verdere formaliteiten nodig zijn, hoort de in artikel 410 § 1, *sub* 3° B.W. bedoelde machtiging *ab initio* voor te liggen.

Een hypotheekbelofte is een overeenkomst waarbij een partij belooft op verzoek van een andere partij een hypotheek te zullen verlenen: het betreft een verbintenis om iets te doen (E. DIRIX en R. DE CORTE, *t.a.p.*, p. 445, nr. 651). Een hypotheekbelofte is geldig ongeacht of deze schriftelijk dan wel mondeling gebeurt, ongeacht of als onderpand actuele dan wel toekomstige onroerende goederen worden aangeboden en ongeacht de afbakening. Hoewel hier als dusdanig geen hypotheekvestiging aan de orde is, lijkt het op het eerste gezicht aangewezen om, alvorens een dergelijk engagement namens een pupil te doen, de machtiging van de vrederechter te vragen. Niettemin is dit ten tijde van het doen van de hypotheekbelofte ietwat voorbarig: anders dan bij het hypothecaire mandaat ontbreekt hier precisie omtrent de uiteindelijke hypotheek. Net om die reden is de machtiging vereist bij de hypotheekvestiging zelf.

560 In het raam van zijn machtigingsbeschikking preciseert de vrederechter de bedoelde garantie, zo ook haar voorwerp en de voorwaarden waaronder zij wordt verleend.

561 Voor de opheffing van een door een derde (schuldenaar) ten behoeve van de pupil (als schuldeiser) gestelde (hypotheek)garantie, stelt de wetgever geen bijzondere machtiging voorop (Vred. Diest 10 december 2001, *T.Vred.* 2002, 397).

Zie ook: F. BLONTRÖCK, *t.a.p.*, p. 122, nr. 55; E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 17-18, nr. 57.

Dienvolgens kan de (zoals vermeld) met volheid van bevoegdheden beklede voogd, in het raam van zijn algemene opdracht (art. 405 § 1, tweede en derde lid B.W.) en zonder bijzondere machtiging, opheffing van een hypotheek verlenen, natuurlijk in de eerste plaats wanneer de schuldenaar reeds bevrijd is.

De vraag rijst of dit tevens geldt wanneer de schuldenaar niet bevrijd is (zonder kwijting).

Vgl.: (vóór de Wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind:) H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, *t.a.p.*, p. 131-132, nr. 29; (na de Wet van 3 mei 2003:) F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 196-197, nr. 412.

Een en ander moet immers steeds binnen het als een goede huisvader en bovenal ten behoeve van de pupil te voeren beheer kaderen. Zoals reeds vooropgesteld, is elke handeling enkel dan te verantwoorden zo zij de belangen van de pupil dient. In die optiek kan bijvoorbeeld het (laten) lichten van een hypothecaire inschrijving (zonder dat het kapitaal is terugbetaald of de

schuldvordering is voldaan) de pupil ten goede komen indien hij (een merklijk) voordeel kan halen uit een toename van de kredietwaardigheid van zijn schuldenaar.

§ 6. Aangaan van een lening

562 De term “lening” kent een ruime draagwijdte. Het aangaan van een lening is het schoolvoorbeeld van het aangaan van een schuld. Een (beschermende) controle ten behoeve van de pupil is gerechtvaardigd (art. 410 § 1, *sub* 2° B.W.).

563 Krachtens de oude artikelen 457-458 B.W. had de voogd, die voornemens was voor zijn pupil een lening aan te gaan, de voorafgaande machtiging van de familieraad nodig (machtiging die niet kon verleend worden dan “uit hoofde van een volstreckte noodzakelijkheid of van een klaarblijkelijk voordeel”) en de homologatie van de rechtbank van eerste aanleg (Brussel 13 februari 1967, *Pas*. 1967, II, 225). Bovendien kon de familieraad deze machtiging enkel verlenen nadat, middels een door de voogd overgelegde beknopte rekening, het ontoereikende karakter is aangetoond van “het gereed geld, de roerende goederen en de inkomsten” van de pupil (art. 457, derde lid B.W.).

Thans ontbreekt het uitdrukkelijke vereiste van een “volstreckte noodzakelijkheid” of van een “klaarblijkelijk voordeel”, wat niet wegneemt dat het aangaan van een lening uitzonderlijk moet blijven (N. DELFORGE, “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 14, nrs. 14-15).

De vrederechter heeft alle inlichtingen ter beschikking in het voogdij dossier: hij machtigt enkel na “rijp beraad” (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1515, nr. 133). Het is hem mogelijk de interest te evalueren, evenals de duurtijd van de lening en de terugbetalingsvoorwaarden.

564 Overeenkomstig de artikelen 1874, 1875 en 1892 B.W. is een lening een zakelijke overeenkomst die pas tot stand komt door de afgifte van de zaak die er het voorwerp van uitmaakt. Het Burgerlijk Wetboek stelt twee soorten van lening voorop (art. 1874 B.W.), zijnde enerzijds de lening van zaken die niet teniet gaan door het gebruik dat men ervan maakt (de zogeheten “bruikleening”, art. 1875-1891 B.W.) en anderzijds de lening van zaken die teniet gaan door het gebruik dat men ervan maakt (de zogeheten “verbruikleening”, art. 1892-1904 B.W.).

Een “lening” aangaan in de zin van artikel 410 § 1, *sub* 2° B.W. doelt veeleer op alle vormen van geldelijke leningen (art. 1905-1914 B.W.) en kredietovereenkomsten (zelfs wanneer die dienen voor het levensonderhoud en de opvoeding van de pupil; Brussel 29 juni 1982, *J.T.* 1982, 685), al dan niet ge-

waarborgd middels persoonlijke (bv. borgstelling) of zakelijke zekerheden (bv. pand of hypotheek).

Zie hierover uitgebreid: D. MEULEMANS en D. HENDRYCKX, "Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige (als kredietnemer)", in D. MEULEMANS (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 29-76; D. MEULEMANS en D. HENDRYCKX, "Het sluiten van een kredietovereenkomst als kredietnemer – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet", in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet*, Kortrijk, K.U.L.A.K., 2002, 38 p.; D. MEULEMANS en D. HENDRYCKX, "Het sluiten van een kredietovereenkomst als kredietnemer – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet", *T. Fin. R.* 2002, 2-29.

Zie meer algemeen: R. VAN RANSBEECK, "Enkele algemene verbintenisrechtelijke aspecten van de nieuwe Voogdijwet met betrekking tot het aangaan van vastgoedcontracten door minderjarigen", in D. MEULEMANS (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 1-27.

Die verrichting moet hoe dan ook een zeer uitzonderlijk karakter hebben: zij is maar aanvaardbaar indien dit absoluut noodzakelijk is voor de pupil of in geval van een onmiskenbaar voordeel voor de pupil.

Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de voogd zonder enige machtiging een wagen kan lenen in het raam van de beroepsactiviteit van zijn pupil (Rb. Brussel 24 december 1970, *Pas.* 1971, III, 26). Het is immers een handeling van beheer gericht op het behoud en het vermeerderen van het vermogen van de pupil.

565 Overeenkomstig artikel 1, *sub* 4° van de Wet van 12 juni 1991 "op het consumentenkrediet" (*B.S.* 9 juli 1991) kan een "kredietovereenkomst" omschreven worden als een overeenkomst "waarbij een kredietgever een krediet verleent of toezegt aan een consument in de vorm van uitstel van betaling, van een lening, of van elke andere betalingsregeling".

Met deze definitie wil de wetgever alle vormen van krediet die aan de consument worden verleend aan de toepassing van de Wet van 12 juni 1991 onderwerpen; zie hierover: P. LETTANY, *Het consumentenkrediet – De Wet van 12 juni 1991*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, p. 11, nr. 12.

Zie voor een geactualiseerde bespreking van de herhaaldelijk gewijzigde Wet van 12 juni 1991: M. VAN DEN DAELEN, "Wetsontwerp tot wijziging van de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet", in VLAAMSE CONFEDERATIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *De consument in het recht: verwend, verwaand of miskend?*, Antwerpen, Maklu, 2003, 213-248.

Onder deze zeer ruime definitie vallen alle kredietvormen toegestaan aan de consument, ongeacht hun benaming, waaronder de "kredietopening", dit is een consensuele twee- of meerzijdige overeenkomst "waarbij de kredietgever zich verbindt koopkracht, geld of gelijk welk betaalmiddel in de overeengekomen vorm en ten belope van het overeengekomen bedrag ter beschikking te stellen van een kredietnemer, die op het verleende krediet een beroep zal kunnen doen wanneer hij het nodig acht (d.m.v. geldopname, door gebruik van een betaal- of legitimatiekaart of op een andere wijze) en die zich tezelfdertijd verbindt tot volledige terugbetaling (kapitaal, interesten, provisies en kosten) van de sommen die hij volgens de overeenkomst heeft opgenomen en dit op de datum van zijn keuze" (art. 1, *sub* 12° Wet Consumentenkrediet).

Zie: D. BLOMMAERT en F. NICHELS, F., "Art. 1, 12° van de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet", in H. SWENNEN, E. WYMEERSCH, J. TYTECA en J. STUYCK (reds.), *Comm. Fin.*, Mechelen, Kluwer, 2000, p. 2, nr. 2; H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen", in H. COUSY, J. STUYCK en W. VAN GERVEN (reds.), *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht* (B), Brussel, Story-Scientia, 1989, p. 581, nr. 635; J. VAN DOORSLAER, *De kredietopening*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, p. 7, nr. 8.

Deze definitie leunt zeer nauw aan bij de praktijk en de typische kenmerken ervan (H. BRAECKMANS, "Consumentenkrediet en hypotheccair krediet: recente ontwikkelingen", in C.B.R. (ed.), *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 147-148, nr. 6): de bank stelt aan de rekeninghouder een bepaalde kredietlijn ter beschikking, waarvan deze naar eigen goeddunken, zonder enige verplichting gebruik kan maken. Hierbij kan de rekeninghouder het moment van opneming en terugbetaling in de regel vrij kiezen. Mogelijk is wel dat de bank op bepaalde tijdstippen een minimumbetaling eist. Is de terugbetaling door middel van periodieke stortingen bepaald, dan is het een lening op afbetaling.

Anders dan de lening in voormelde zin van het Burgerlijk Wetboek, is een "kredietopening" een consensuele overeenkomst met eigen uit de bankpraktijk gegroeide kenmerken (H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen", *t.a.p.*, p. 582, nr. 635). Zij verschilt van de lening in die zin dat, op het ogenblik van de totstandkoming van het krediet, het volledige bedrag niet wordt geleverd door de kredietverlenende bank. Deze verbindt er zich enkel toe geld (of andere kredietmiddelen) te geven als de kredietnemer erom vraagt, zodat geen zakelijke overeenkomst voorhanden is. Deze formule kan voor de pupil aangewezen zijn.

Het sluiten van de kredietovereenkomst is het ogenblik waarop de kredietnemer het kredietaanbod aanvaardt (art. 14 Wet Consumentenkrediet).

Bij betalingsmoeilijkheden kan een aanvraag tot het verkrijgen van betalingsfaciliteiten worden gericht aan de vrederechter (art. 38 Wet Consumentenkrediet).

566 Een specifiek geval is het hypotheccair krediet in de zin van de Wet van 4 augustus 1992 "op het hypotheccair krediet" (*B.S.* 19 augustus 1992). Deze wet is van toepassing op het hypotheccair krediet "bestemd voor het financieren van het verwerven of behouden van onroerende zakelijke rechten, toegekend aan een natuurlijke persoon die uitsluitend handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten", waarbij zowel de kredietgever als de kredietnemer gelinkt zijn aan het Belgische territorium.

Vooraleer de kredietovereenkomst ondertekend wordt, dient de kredietgever aan de kandidaat-kredietnemer een schriftelijk aanbod over te maken dat alle contractvoorwaarden bevat en de geldigheidsduur van het aanbod vermeldt

(art. 14 Wet Hypothecair Krediet). Alle contractvoorwaarden van het schriftelijke aanbod moeten in de kredietovereenkomst worden opgenomen en enkel de contractvoorwaarden van het schriftelijke aanbod mogen in de kredietovereenkomst worden opgenomen. Het sluiten van de kredietovereenkomst is het ogenblik waarop de kredietnemer het aanbod aanvaardt. Is de kredietnemer op dat ogenblik een (minderjarige) pupil, dan vindt artikel 410 § 1, *sub* 2° B.W. toepassing, ook al wordt de notariële akte verleden op een ogenblik dat de kredietnemer meerderjarig is (geworden).

Bij betalingsmoeilijkheden, kan een aanvraag tot het verkrijgen van betalingsfaciliteiten worden gericht aan de beslagrechter (art. 59 § 1, tweede tot vierde lid Wet Hypothecair Krediet). De vrederechter komt hier niet tussen (N. DELFORGE, “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 18, nr. 36).

Elke tenuitvoerlegging of beslag dat plaats heeft krachtens een vonnis of een andere authentieke akte, moet bij toepassing van de Wet Hypothecair Krediet, op straffe van nietigheid, worden voorafgegaan door een poging tot minnelijke schikking, die op het zittingsblad wordt aangetekend, voor de beslagrechter (art. 59 § 1, eerste lid Wet Hypothecair Krediet). De oproeping wordt gericht aan de wettelijke vertegenwoordiger, gebeurlijk in kopie aan de vijftienjarige pupil (art. 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W.) (N. DELFORGE, “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 18, nrs. 38-39).

567 (Volmacht of belofte tot) hypotheekvestiging onderstelt een bijzondere vrederechterlijke machtiging, zo ook de inpandgeving (art. 410 § 1, *sub* 3° B.W.).

In het geval van een kredietovereenkomst met vestiging van een pand op de handelszaak zijn er drie machtigingen van de vrederechter vereist: alvorens de machtiging tot het aangaan van een krediet en tot de inpandgeving te vragen, moet de wettelijke vertegenwoordiger de machtiging vragen en bekomen om de handelszaak voort te zetten (art. 410 § 1, *sub* 12° B.W.).

Hetzelfde geldt voor de landbouwlening met vestiging van het landbouwvoorrecht. Indien de pupil het landbouwbedrijf waarvan hij door wettelijke of testamentaire erfopvolging eigenaar is geworden, wenst verder te zetten, is evenzeer machtiging vereist (art. 410 § 1, *sub* 12° B.W.). Zoals verder uiteengezet, geldt artikel 410 § 1, *sub* 12° B.W. ook voor de landbouwonderneming. Aansluitend moet er een dubbele machtiging zijn om de landbouwlening met de daaraan verbonden vestiging van het landbouwvoorrecht te kunnen aangaan.

568 Krachtens artikel 410 § 1, *sub* 2° B.W. moet de voogd, alvorens een van voormelde vormen van leningen aan te gaan dan wel kredietovereenkomsten te sluiten, om de machtiging van de vrederechter verzoeken. Hiertoe legt de

verzoekende partij best een ontwerp van overeenkomst voor: enkel op die manier kan de vrederechter de inhoud van de bedoelde overeenkomst verifiëren. Niet enkel het bedrag van de lening/het krediet is cruciaal, ook de voorwaarden (N. DELFORGE, “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 16, nrs. 25-26). Laten de inkomsten van de pupil toe de lening/het krediet terug te betalen, terwijl zijn levensstandaard behouden blijft? Is er geopteerd voor de meest geschikte “kredietformule”? Zijn de lening-/kredietvoorwaarden niet te zwaar in vergelijking met deze die normaal van toepassing zijn op een dergelijke lening/dergelijk krediet? Is de looptijd niet te lang? Zijn de te stellen waarborgen aanvaardbaar?

Elke kredietverrichting, ook het beperkte krediet verbonden aan een elektronische betaalkaart (zelfs al zou dit behoren tot het normale gebruik van de faciliteiten van een bankrekening), moet als een lening in de zin van artikel 410 § 1, *sub* 2° B.W. worden aangezien (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 119-120, nr. 39).

Vgl.: S. MOSSELMANS, “Het huwelijksvermogensrechtelijke statuut van gelden gedeponneerd op een bankrekening”, in H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 1999, *Topics*, XVI, p. 16-17, nr. 26; S. MOSSELMANS, “Woord – wederwoord: Kan een echtgenoot, zonder de instemming van de andere echtgenoot, een zichtrekening openen, indien de bedoelde verrichting gepaard gaat met de aflevering van een kredietkaart?”, *Jura Falc.* 2000-01, 212-227, alwaar (anders dan inzake de bovenal bescherming beogende voogdij) een ten behoeve van de echtgenoten veeleer praktische opvatting wordt verdedigd.

Voor zover beperkte kredietverrichtingen hedentendage nagenoeg inherent zijn aan het openen en het beheer van de bankrekening, impliceert het openen van een dergelijke (zicht)rekening een voorafgaande machtiging van de vrederechter.

Het Hof van Beroep te Brussel beslist dat de voorafgaande machtiging vereist was voor alle leningen aangegaan voor de pupil, zelfs wanneer zij dienen voor het levensonderhoud en de opvoeding (Brussel 29 juni 1982, *J.T.* 1982, 685).

569 *Quid* bij een wijziging van de lening-/kredietvoorwaarden tijdens de looptijd van de lening/het krediet?

Dergelijke wijziging is mogelijk in onderling akkoord, al dan niet met machtiging van de vrederechter. Van belang hierbij is vooreerst dat de voogdij nog in voege is ten tijde van de wijziging en vervolgens dat essentiële contractvoorwaarden worden geraakt: alsdan moet men opnieuw naar de vrederechter. Een wijziging aan de essentiële contractvoorwaarden staat gelijk met het sluiten van een nieuwe overeenkomst, zo bijvoorbeeld het verlengen/verkorten van de looptijd met de dienovereenkomstige aanpassing van de periodiek terug te betalen bedragen en de wijziging van de formule van de rentevoet (N. DELFORGE, “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 17, nr. 33).

Wanneer het een wijziging betreft die *ab initio* in de overeenkomst was mogelijk gemaakt, is geen machtiging meer vereist (N. DELFORGE, “Het sluiten van

een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 17, nr. 34).

De (vervroegde) terugbetaling kan in de regel als een daad van beheer worden aangemerkt (N. DELFORGE, “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 17, nr. 35).

570 Het toestaan van een lening/krediet namens een pupil moet mogelijk zijn zonder vrederechterlijke machtiging, zij het in zeer uitzonderlijke gevallen.

Anders: N. DELFORGE, “Het sluiten van een kredietovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 19, nr. 43.

Zoals voormeld, is de lijst van handelingen in artikel 410 § 1 B.W. limitatief.

Een toepassing inzake het ouderlijk gezag ligt voor in een vonnis van de Vrederechter te Eigenbrakel (Vred. Eigenbrakel 17 december 2002, *T. Vred.* 2004, 225, noot). De vrederechter machtigt twee gescheiden ouders om namens hun minderjarige zoon het door de vader bij handgift aan zijn zoon gegeven bedrag van 25.000 EUR te lenen aan de moeder. Op die manier kan deze laatste de gezinswoning inkopen. In geval van vervreemding, overlijden van de moeder of eventueel vóóroverlijden van het kind wordt het ontleende bedrag opeisbaar en moet het na indexatie terugkeren naar het vermogen van het kind.

§ 7. Sluiten van een gewone huurovereenkomst van meer dan negen jaar, sluiten dan wel hernieuwen van een handelshuurovereenkomst en sluiten van een pachtovereenkomst

571 Evenals inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub g* B.W.) onderwerpt artikel 410 § 1, *sub 4*^o B.W. zowel het sluiten van een gewone (woning)huurovereenkomst van meer dan negen jaar, het sluiten dan wel hernieuwen van een handelshuurovereenkomst als het sluiten van een pachtovereenkomst aan het bedoelde machtigingsvereiste.

Zie voor een uitgebreide bespreking terzake: A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst als verhuurder of als huurder”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, K.U.L.A.K., 2002, 28 p.; A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet”, in D. MEULEMANS (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 99-147; A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, 3-28 (de hierna volgende verwijzingen gebeuren naar de laatst vermelde publicatie).

Zie ook: N. DELFORGE, “Het sluiten van een huurovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *Waarvan Akte* 2003, 1-11.

Zie inzake het voorlopig bewind: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488*bis* du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 124-125, nrs. 174-175; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, *t.a.p.*, p.

31, nr. 70; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 199, nr. 417; E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *t.a.p.*, p. 679, nr. 9.

Vóór de Wet van 3 mei 2003 had de voorlopige bewindvoerder enkel de machtiging van de vrederechter nodig alvorens een pachtovereenkomst of een handelshuurovereenkomst te sluiten. Zie: E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 21, nr. 68; E. VIEUJEAN, “Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens”, *t.a.p.*, p. 127, nr. 47: “C’est que le législateur n’a nulle part érigé en principe général que l’administrateur doit se faire spécialement habiliter pour tout acte excédant les bornes de l’administration et qu’il a délibérément supprimé et non modifié la disposition du projet qui limitait les pouvoirs de l’administrateur quant à la durée des baux à loyer.”

Vgl.: F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 123, nr. 59, volgens wie een bijzondere machtiging ook vereist was inzake de gewone huur.

Het sluiten (dan wel hernieuwen) van dergelijke (handelshuur)overeenkomsten overschrijdt immers het normale (dagdagelijkse) vermogensbeheer (A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 14, nr. 44).

De aldus door de voogd namens zijn pupil toegestane (handels)huur of pacht (voor langer dan negen jaar) bindt deze laatste evenwel enkel voor de ten tijde van zijn meerderjarigheid lopende periode van negen jaar (art. 595 *juncto* 1718 B.W.) (Cass. 2 april 1998, *T. Not.* 2000, 88, noot F. BLONTRUCK; Rb. Veurne 10 februari 1977, *Rec. gén. enr. not.* 1978, nr. 22.268, noot A.C.; G. BAETEMAN en J. GERLO, *t.a.p.*, p. 943, nr. 249). De huurder heeft enkel recht op de gehele periode van negen jaar waarin hij zich bevindt op het einde van de voogdij, zijnde meestal het ogenblik waarop de pupil meerderjarig wordt. Verder heeft een vernieuwing meer dan drie jaar vóór het eindigen van de lopende huur wanneer het landeigendommen betreft en meer dan twee jaar vóór hetzelfde tijdstip wanneer het huizen betreft, geen gevolg, tenzij de uitvoering vóór de meerderjarigheid is begonnen.

Gelet op de in de artikelen 595 *juncto* 1718 B.W. bepaalde bescherming was onder het oude recht geen machtiging vereist voor het sluiten van een huurovereenkomst, en dit ongeacht de duur ervan (H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 35-36, nr. 27; A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 7, nr. 18 en p. 10, nr. 31).

572 De term “sluiten” omvat het optreden (van de voogd namens zijn pupil) én als verhuurder én als huurder (zie ook: art. 488bis, f § 3, tweede lid, *sub g* B.W.). De vertaling van “sluiten” als “consentir” zorgt voor verwarring: de Franse tekst zou erop kunnen wijzen dat men enkel de hypothese overweegt waarin de voogd optreedt als verhuurder en niet als huurder.

Zie ook: M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1516 nr. 135, die de mening toegedaan is dat het hier enkel een probleem van vertaling betreft en dat de Nederlandstalige versie beantwoordt aan de wens van de wetgever.

De Franse vertaling van de term “sluiten” in artikel 488bis, f § 3, tweede lid, *sub g* B.W. is overigens: “conclure”.

Vgl.: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 36, nr. 27: "En dépit d'une certaine contradiction entre la version française et la version néerlandaise du texte, il semble bien que le législateur n'ait voulu imposer l'autorisation du juge de paix que lorsque le bail est conclu au nom du mineur en tant que bailleur et non lorsqu'il est locataire"; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 121, nr. 41.

573 Slechts de huurovereenkomsten van maximum negen jaar, andere dan pacht en handelshuur, kan de voogd voortaan alleen (zonder vrederechterlijke machtiging) aangaan (H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *t.a.p.*, 232).

Hieronder vallen de volgende gemeenrechtelijke contracten (A. SPAEPEN, "Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet", *t.a.p.*, p. 14, nr. 45):

- de schriftelijke huur voor bepaalde duur (art. 1737 B.W.: zij eindigt van rechtswege wanneer de bepaalde tijd is verstreken, zij het dat de contractspartijen in een voortijdige opzegmogelijkheid kunnen voorzien);
- de schriftelijke huur voor onbepaalde duur, die wordt gelijkgesteld met een huur voor negen jaar of minder (art. 1736 B.W.: onverminderd het contractueel afgesprokene alsook het in art. 1758 B.W. bepaalde, wordt zij geacht te zijn aangegaan per maand en kan zij slechts worden beëindigd met inachtneming van een opzegtermijn van een maand);
- de mondelinge huur die wordt aangezien als een huur voor onbepaalde duur en zodoende wordt gelijkgesteld met een huur voor negen jaar of minder.

Huurcontracten voor een bepaalde duur van meer dan negen jaar onderstellen een voorafgaande vrederechterlijke machtiging. Zij moeten bovendien worden opgemaakt bij notariële akte, aangezien zij moeten worden overgeschreven op het hypotheekkantoor (art. 1, tweede lid Hyp.W.). Indien deze huurcontracten niet zijn overgeschreven, wordt de huurtijd verminderd overeenkomstig artikel 595 B.W. (art. 1, derde lid Hyp.W.).

Voor zover de minderjarige fungeert als verhuurder, spelen voormelde artikelen 595 *juncto* 1718 B.W.

Gaat het om een gemeenrechtelijke huur en fungeert de minderjarige als huurder, dan moet bij de (notariële) redactie van een huurcontract voor een bepaalde duur van meer dan negen jaar bijzondere aandacht worden besteed aan de mogelijkheid voor de minderjarige huurder om het contract voortijdig op te zeggen. Als dit niet in het contract is bepaald, ontbeert de pupil enige mogelijkheid tot opzeg tijdens de langdurige huur, ook wanneer hij intussen meerderjarig is geworden (A. SPAEPEN, "Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet", *t.a.p.*, p. 16, nr. 53).

574 Het voormelde geldt *mutatis mutandis* inzake woninghuur in de zin van de Woninghuurwet.

Zie voor een meer uitvoerige bespreking: A. SPAEPEN, "Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet", *t.a.p.*, p. 18-20, nrs. 68-79, waarbij

ook wordt ingegaan op het specifieke geval van de “levenslange huur” (art. 3 § 8 Woninghuurwet).

Een woninghuurovereenkomst waarbij de minderjarige fungeert als huurder zal weliswaar weinig voorkomen (A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 18-19, nr. 69).

575 Ook de onder(ver)huring en de overdracht van huur (indien een en ander mogelijk is, bv. art. 4 Woninghuurwet) vallen onder het machtigingsvereiste.

576 De wettelijke vertegenwoordiger kan zonder meer kwijting verlenen voor de betaalde huur- of pachtgelden (vgl.: art. 409 § 2, eerste lid B.W.).

Zie: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 396, nr. 91; N. DELFORGE, “Het sluiten van een huurovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 5, nr. 26; A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 17-18, nr. 65.

577 De beëindiging van de bedoelde overeenkomsten (actieve opzegging) behoeft geen voorafgaande machtiging. Uiteraard moet de voogd de wettelijke bepalingen terzake naleven (A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 18, nr. 67).

578 Het sluiten van een handelshuurovereenkomst alsook het sluiten van een pachtovereenkomst onderstelt steeds de vrederechterlijke machtiging.

Hoewel het sluiten dan wel hernieuwen van een handelshuurovereenkomst en het sluiten van een pachtovereenkomst als huurder eerder uitzonderlijk is, kan een en ander deel uitmaken van een ruimer geheel van maatregelen met betrekking tot het voortzetten van een handelszaak die de pupil heeft verkregen als deel uitmakend van een hem (gedeeltelijk) toekomende nalatenschap (hetzij ingevolge de wettelijke devolutie, hetzij ingevolge testamentaire devolutie) (A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 21, nrs. 81-83; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 39, nr. 43). Krachtens artikel 407 § 1, *sub* 7° B.W. treft de vrederechter trouwens de maatregelen die moeten worden genomen met het oog op de voortzetting, de verhuring, de overdracht of de beëindiging van een dergelijke (al dan niet van zijn ouders afkomstige) handelszaak, dan wel (landbouw)onderneming. Verder heeft de voogd, krachtens artikel 410 § 1, *sub* 12° B.W., de (voorafgaande) machtiging van de vrederechter nodig om een handelszaak of onderneming voort te zetten.

579 Men heeft overwogen dat ook het hernieuwen van een handelshuurovereenkomst traditioneel onder de daden van beschikking wordt gerekend, reden waarom ook het vernieuwen van de handelshuur beter wordt toege-

voegd aan de limitatieve lijst van handelingen die de voogd niet zonder de machtiging van de vrederechter kan vervullen (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 47).

Volgens een constante rechtspraak en rechtsleer is de hernieuwde (handels)huur echter geen loutere verlenging van de lopende huur, maar een geheel nieuwe overeenkomst die verschilt van de vorige (Cass. 7 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1030; J. HERBOTS m.m.v. E. DEGROOTE, *Bijzondere overeenkomsten*, Leuven, Acco, 2000, 178). De hernieuwing gaat overigens niet van rechtswege in (art. 14 van de Handelshuurwet van 30 april 1951, *B.S.* 10 mei 1951). Anders dan de pachter die rustig kan blijven zitten totdat hij een geldige opzegging van de eigenaar ontvangt, moet de handelshuurder zelf het initiatief nemen en de hernieuwing aanvragen. Die aanvraag tot hernieuwing komt eigenlijk neer op een aanvraag tot het sluiten van een nieuwe overeenkomst, zodat de bedoelde toevoeging in artikel 410 § 1, *sub* 4° B.W. (strikte gezien) niet nodig was (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 39, nr. 44).

Krachtens artikel 14, eerste lid van de Handelshuurwet, moet de hernieuwing worden aangevraagd ten vroegste achttien maanden en ten laatste vijftien maanden vóór het eindigen van de lopende huur (zie hierover uitgebreid: S. MOSSELMANS, “Het dwingende karakter van artikel 14, eerste lid van de Handelshuurwet”, noot onder Cass. 21 maart 2003, *T.B.O.* 2003, 159-169). Doet men de aanvraag namens de minderjarige huurder, dan moet men de machtiging vóórdien hebben bekomen.

De verleende machtiging geldt voor de gehele regeling die valt onder de handelshuurhernieuwing in de zin van de artikelen 13-24 van de Handelshuurwet. Zo impliceert de machtiging ook het doen van een geldelijk aanbod door de zittende huurder indien de verhuurder de hernieuwing zou weigeren op basis van het aanbod van een hogere huurprijs door een derde (art. 16, I, *sub* 5° *juncto* 21-23 Handelshuurwet). Het is aangewezen in het verzoekschrift tot machtiging reeds aan de vrederechter te vragen een limiet te bepalen tot welke hogere huurprijs er mag worden geboden (A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogddijwet”, *t.a.p.*, p. 22, nr. 88).

De hernieuwde huur loopt in beginsel over een periode van negen jaar. De partijen kunnen evenwel akkoord gaan om de duur van de hernieuwde huur te beperken. Dit kan gebeuren bij de huurhernieuwing zelf, maar niet eerder. Hun akkoord moet worden vastgesteld voor een notaris of voor de vrederechter (art. 13, eerste lid Handelshuurwet). Wanneer de verhuurder minderjarig is op het ogenblik van de hernieuwing, kan de duur van de hernieuwde handelshuur worden beperkt tot de tijd die nog loopt tot aan de meerderjarigheid (art. 13, tweede lid Handelshuurwet).

580 In geval van verhuring van een goed dat aan verschillende mede-eigenaars toebehoort, dient elke mede-eigenaar akkoord te gaan met de verhu-

ring. Een mede-eigenaar kan immers zonder akkoord van de anderen alleen daden van bewaring en van voorlopig beheer stellen (art. 577-2 § 5 B.W.). Verhuring valt hier niet onder, zodat de toestemming van alle mede-eigenaars nodig is om een geldige verhuring te kunnen doen (art. 577-2 § 6 B.W.). Hetzelfde geldt voor de hernieuwing en de opzeg.

Zie: Y. MERCHERS, in *Répertoire notarial*, VIII, *Les baux*, I. *Le bail en général*, Brussel, Larcier, 1997, p. 127-128, nr. 59.

Zie ook: Cass. 8 juli 1954, *Arr. Cass.* 1953-54, 745, waar het Hof beslist dat, ingeval er meerdere verhuurders zijn, de aanvraag tot handelshuurhernieuwing moet worden gericht aan alle verhuurders; Cass. 21 april 1955, *Arr. Cass.* 1954-55, 692, waar het Hof beslist dat, indien een van de verhuurders de hernieuwing weigert, er geen handelshuurhernieuwing kan tot stand komen; Cass. 11 april 2003, inzake met A.R. nr. C.99.0368.N, waar het Hof beslist dat, in geval van pluraliteit van huurders, zij gezamenlijk de handelshuurhernieuwing moeten vragen.

Is minstens één van de verhuurders minderjarig, dan vindt artikel 410 § 1, *sub* 4° B.W. toepassing. Alvorens machtiging te verlenen, dient de vrederechter het vermelde akkoord te verifiëren (A. SPAEPEN, “Het sluiten van een huurovereenkomst voor een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 27, nr. 107).

§ 8. Huur door de (toeziende) voogd van goederen van de pupil

581 Krachtens het oude artikel 450, derde lid B.W. mocht de voogd de goederen van zijn pupil niet in huur nemen, tenzij de familieraad (gelet op de voor de hand liggende belangentegenstelling in de zin van het oude art. 420 B.W.) de toeziende voogd heeft gemachtigd ze aan de voogd in huur te geven (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1275, nr. 1385 en p. 1290, nr. 1406).

582 Thans kunnen, krachtens artikel 411 B.W., de voogd en de toeziende voogd de goederen van de pupil slechts in huur nemen voorzover de vrederechter daartoe op schriftelijk verzoek machtiging verleent. In dat geval bepaalt nu de vrederechter, in het raam van zijn machtigingsbeschikking, de huurvoorwaarden, alsook de bijzondere waarborgen verbonden aan de aldus toegestane huur.

§ 9. Verwerping of aanvaarding van een nalatenschap, een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel

583 Luidens artikel 776 B.W. kan de aan een minderjarige of onbekwaam-verklaarde toegevallen nalatenschap alleen “overeenkomstig de bepalingen van artikel 410 § 1 B.W.” rechtsgeldig worden aanvaard.

Het is de voogd verboden om een zijn pupil (gedeeltelijk) toekomstige nalatenschap *ultra vires* te aanvaarden (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1268, nr. 1377 en p. 1289-1290, nr. 1405; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 194, nr. 1296), ook niet stilzwijgend en met name door het verrichten van daden die noodzakelijk zijn bedoeling om te aanvaarden insluiten en die hij slechts in zijn hoedanigheid van erfgenaam bevoegd zou zijn om te verrichten (art. 778 B.W.) (H. DE

PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1290, nr. 1405; Brussel 22 december 1976, *Rec. prat. soc.* 1978, 58, noot M. PIRET; Rb. Kortrijk 27 maart 1979, *T. Not.* 1979, 187). Hij kan ze hetzij verwerpen (Brussel 11 maart 1902, *Pas.* 1902, II, 268), hetzij aanvaarden maar dan enkel onder voorrecht van boedelbeschrijving (Luik 28 februari 1967, *Jur. Liège* 1966-67, 281; Kh. Antwerpen 22 oktober 1921, *J.T.* 1922, 132; Rb. Brussel 19 februari 1896, *B.J.* 1896, 399; G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 504-505, nr. 151).

Zie terzake: L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, “De beneficiaire aanvaarding – Enkele beschouwingen bij een weinig voorkomende erfkeuze”, *T. Not.* 1997, 316-358; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, “Overzicht van rechtspraak (1988-1995): Erfenissen”, *T.P.R.* 1997, p. 206-219, nrs. 89-101.

Eens meerderjarig, kan de (gewezen) pupil zuiver aanvaardende erfgenaam worden (zie terzake: Rb. Verviers 5 juni 1904, *Pas.* 1907, III, 264; Rb. Luik 16 februari 1906, *Pas.* 1906, III, 299; Rb. Luik 16 maart 1936, *Rev. prat. not. b.* 1937, 53).

Dit vloeit voort uit zijn beheer zoals het een goede huisvader past.

Zie ook: F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 123, nr. 57.

SWENNEN neemt aan dat het erfrechtelijke optierecht dat de wettelijke vertegenwoordigers ten behoeve van de onbekwame vertegenwoordigden uitoefenen steeds beperkt is tot hetzij de beneficiaire aanvaarding, hetzij de verwerping (F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 198, nr. 416). Na de Wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind ontbreekt evenwel een uitdrukkelijke wettekst die de voorlopige bewindvoerder verbiedt de aan zijn pupil toegevallen nalatenschap *ultra vires* te aanvaarden. Niettemin moet die mogelijkheid worden uitgesloten, al was het omdat te dezen de aanvaarding *ultra vires* als per definitie onvereenigbaar met een zorgvuldig goederenbeheer moet worden aangezien (vgl.: W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, *t.a.p.*, p. 30, nr. 69, die het heeft over een algemeen rechtsbeginsel dat op alle beschermingsstatuten van toepassing is).

In Frankrijk en Nederland, zo ook in het Groothertogdom Luxemburg, geldt een andere regeling. Daar laat men toe dat een aan een minderjarige toegevallen nalatenschap zuiver wordt aanvaard als zij kennelijk batig is. Aldus luidt het (in 1964 gewijzigde) Franse artikel 461, eerste lid C.c.: “Le tuteur ne peut accepter une succession échue au mineur que sous bénéfice d’inventaire. Toutefois le conseil de famille pourra, par une délibération spéciale, l’autoriser à accepter purement et simplement, si l’actif dépasse manifestement le passif” (in diezelfde zin: art. 1:345, eerste lid N.B.W.).

DE BUSSCHERE is er niet van overtuigd “dat, al bij al, de Franse of de Luxemburgse regeling beter zou zijn dan de onze” (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 398-399, nr. 93).

Toch leert de Belgische praktijk dat de als het ware “gedwongen” onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschappen doorgaans helemaal niet beneficiair zijn, reden waarom dan ook in deze gevallen veelal de ingewikkelde, logge en kostelijke (maar nochtans kostbare) voorschriften die gepaard moeten gaan met beneficiaire aanvaarding achterwege worden gelaten (P. LURQUIN, “Des ventes publiques d’immeubles et des partages en présence du juge de paix”, *Rec. Jur. Niv.* 1971, p. 168, nr. 64).

Zie evenwel: R. RODENBACH, "Acceptation des successions échues aux mineurs – Dangers de l'inaccomplissement des formalités du bénéfice d'inventaire", *Rev. prat. not. b.* 1912, 430.

Het vereiste van de inventaris wordt vrij gemoedelijk door de vingers gezien: men spreekt van "une mesure de sauvegarde exceptionnelle" (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 174-175, nr. 52).

Alsdan is de zogeheten "onregelmatige" aanvaarding vernietigbaar, zowel op verzoek van de voogd als op verzoek van de meerderjarig geworden pupil, zodat deze laatste (gebeurlijk nog de voogd tijdens zijn minderjarigheid), eens de onregelmatige aanvaarding is vernietigd en het optierecht is herwonnen, gedurende de termijn van dertig jaar vanaf het opvallen van de nalatenschap nog steeds kan verwerpen (art. 789 *juncto* 2262 B.W.; zie bovendien: art. 2252 B.W.).

En dit, niettegenstaande de voogd reeds namens zijn pupil in verdelingen of verkopeningen heeft toegestemd, welke dan teniet gaan ingevolge de terugwerkende kracht van de verwerping (art. 785 B.W.); zie ook: Chr. DE WULF, "Erfenissen, schenkingen en legaten – Verzegeling en boedelbeschrijving – Verdelingen", in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 324-325, nrs. 722-724.

Zie terzake o.m.: L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, *t.a.p.*, 330; F. DEBUCQUOY, "Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het opvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon", noot onder Vred. Sint-Truiden 17 december 1998, *T. Not.* 2001, p. 107-109, nr. 7; M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, "Overzicht van rechtspraak (1978-1987): Erfenissen", *T.P.R.* 1988, p. 974, nr. 74.

In voorkomend geval rijst de aansprakelijkheid van de eertijds fungerende notaris (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 123, nr. 46).

584 Het oude artikel 461 B.W. vereiste een voorafgaande machtiging van de familierraad.

Zie terzake: O. MESTDAGH, "Questions et réponses", *J.J.P.* 1943-45, 406-407; R. PASCARIELLO, "Het samenbestaan van verschillende onverdeeldheden en de sancties bij de niet-naleving van de formaliteiten door de voogd", noot onder Gent 23 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 373-374; L. RAUCENT, *Les successions*, Leuven, Academia-Bruylant, 1988, p. 250, nr. 401; M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, *t.a.p.*, p. 974, nr. 74; G. VAN OOSTERWYCK, noot onder Gent 16 februari 1990, *Not. Fisc. M.* 1991, 263.

In diezelfde optiek bepaalt artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. thans dat de voogd de bijzondere (voorafgaande) machtiging van de vrederechter nodig heeft om een (aan zijn pupil toekomende) nalatenschap te verwerpen of te aanvaarden, "wat slechts onder voorrecht van boedelbeschrijving kan geschieden".

Krachtens artikel 378 § 1, eerste lid B.W. geldt zulks, anders dan vóórheen, ook voor de ouder: Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 323, nr. 719; A.-Ch. VAN GYSEL, "Chronique de législation (janvier 2001 – juin 2001) – Droit privé belge – Personnes physiques et relations familiales", *J.T.* 2001, 706.

Ondanks de minder duidelijke formulering van het oude artikel 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* e B.W., gold hetzelfde inzake het voorlopig bewind (F. DEBUCQUOY, "Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meer-

derjarigen gerechtigd zijn ingevolge het openvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 109-111, nr. 8; E. DE GROOTE, “Art. 488bis, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 18, nr. 61).

Sinds de Wet van 3 mei 2003 is inzake het voorlopig bewind enkel nog de machtiging vereist om een nalatenschap te verwerpen (art. 488bis, f § 3, tweede lid, *sub e* B.W.): de wetgever gaat er blijkbaar van uit dat in geval van beneficiaire aanvaarding de beschermde persoon enkel ten belope van de ontvangen activa is gehouden tot de schulden van de nalatenschap, zodat de beneficiaire aanvaarding hem nooit zou kunnen benadelen. Dit is uiteraard onjuist (Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 125, nr. 177; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, *t.a.p.*, p. 30, nr. 69; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 197-198, nr. 416; E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *t.a.p.*, p. 679-680, nr. 9). Mede door de vermoedens van de artikelen 7 en 108 W. Succ. betreffende de belastbare samenstelling van de nalatenschap, kan ook een beneficiaire aanvaarding zeer zware en zelfs catastrofale gevolgen hebben (H. DU FAUX, “Successierechten en de aanvaarding van nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving”, *Not. Fisc. M.* 1991, 180).

585 Krachtens artikel 793, derde lid B.W. worden “bij aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving wegens onbekwaamheid van de erfgenaam” dezelfde vormen in acht genomen door de zorg van de vader en/of de moeder (die het ouderlijk gezag uitoefenen) en door de voogd, waarbij het de vrede-rechter toekomt op de inachtnaam van deze vormen toe te zien (Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 324, nr. 721).

In geval van belangentegenstelling tussen de pupil en zijn wettelijke vertegenwoordiger, stelt de vrederechter (hetzij op verzoek van iedere belanghebbende, hetzij ambtshalve) een voogd *ad hoc* aan (art. 793, derde lid B.W.). Wanneer de vertegenwoordiger mede erfgerechtigd is in de bedoelde nalatenschap, kan een belangentegenstelling aan de orde zijn, maar dit is niet *per se* het geval (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 180-181, nr. 60). Belangentegenstelling rijst in de regel niet wanneer de vertegenwoordiger verwerpt opdat het bedoelde erfdeel aan de pupil zou toekomen (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 122-123, nr. 45).

586 Telkenmale moet de voogd (of de ouder) middels een nauwkeurig (en voor de controlerende vrederechter zo transparant mogelijk) onderzoek *in concreto* nagaan of zijn pupil al dan niet belang heeft bij de aanvaarding van de bedoelde nalatenschap, dan wel of deze meer baat heeft bij de verwerping ervan.

Zie terzake: F. DEBUCQUOY, “Machtiging aan de voorlopige bewindvoerder tot aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving van een aan de beschermde persoon toegevallen nalatenschap – Belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 129-135, nrs. 1-8 (inz. ook p. 134-135, nr. 7 wat het vereiste van de transparantie betreft).

De verwerping kan bijvoorbeeld interessant zijn omdat de verwerpende erfgenaam niet tot inbreng van de hem gedane giften is gehouden (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1295, nr. 1412; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 122, nr. 43).

Het gegeven dat een nalatenschap deficitair is, volstaat niet om ze te verwerpen: soms kan het interessant zijn een deficitaire nalatenschap te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving, omdat een mede-erfgenaam de hem

op voorschot gedane giften moet inbrengen (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de Wetten van 27 maart en 29 april 2001”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 85).

587 De vraag rijst of voormelde appreciatie steeds moet gebeuren in het raam van een notariële inventaris.

Zie meer uitgebreid: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 176-180, nrs. 54-59.

Moet er met andere woorden steeds een authentieke inventaris zijn, los van de voorgenomen optie? Is er geen minder dure mogelijkheid om de vrederechter wiens machtiging wordt verzocht, te overtuigen van de opportuniteit van deze of gene keuze?

Het ziet ernaar uit dat men bezwaarlijk immer en steeds de overlegging van een notariële inventaris kan vragen. Om niet al te zeer te breken met voormelde praktijk om kosten te besparen, moet een minder zware weg bewandelbaar zijn. Zo moet het bijvoorbeeld mogelijk zijn de vrederechter te overtuigen van de noodzaak om een nalatenschap te verwerpen aan de hand van een transparant dossier waaruit een onoverkomelijke schuldenlast blijkt (C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 171; Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 589, nr. 117). Een notariële verklaring dat geen actief voorhanden is, moet evenzeer door de beugel kunnen.

Vgl.: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 178, nr. 57.

Het (strikte) vereiste van een notariële inventaris hoort dan ook thuis bij de aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving en enkel daar (art. 794 B.W.; D. PATART, “L’incidence de la réforme de la tutelle sur l’inventaire des biens des mineurs”, *Rec. gén. enr. not.* 2002, nr. 25.293, p. 462-464, nr. 4). Zoals dit vereiste niet kan worden geëxtrapoleerd naar de vermogensbeschrijving bij het ontstaan van de voogdij, kan het evenmin naar het optierecht bij het opvallen van een nalatenschap. Weliswaar wordt er aangeraden om eerst te inventariseren en pas dan te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving (S. MOSSELMANS, “Over de termijn voor het opstellen van de inventaris in het raam van de beneficiaire aanvaarding”, noot onder Antwerpen 22 september 1998, *R.W.* 2001-02, 350; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 122, nr. 44). Dit betekent echter niet dat men steeds moet inventariseren om de nalatenschap te (kunnen) verwerpen (W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 137-138, nr. 32). Men moet met andere woorden een duidelijk onderscheid maken tussen enerzijds het vereiste van een notariële inventaris in het raam van de aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving en anderzijds de neer te leggen stavingsstukken bij het verzoek tot machtiging om het optierecht in een bepaalde zin uit te oefenen.

Sommigen aanzien de notariële inventaris natuurlijk als hét controlemiddel bij uitsteking (N. GALLUS, “Aspects civils du nouveau droit de la tutelle”, in Y.-

H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 213).

Een probleem rijst echter niet: ofwel verwerpt men de nalatenschap namens de pupil en om dit te doen moet men wel machtiging vragen maar, zoals voormeld, niet *per se* een notariële inventaris voorleggen; ofwel aanvaardt men de nalatenschap, hetgeen enkel kan onder voorrecht van boedelbeschrijving wat de aanwezigheid van een notariële inventaris onderstelt.

Het is hoe dan ook niet noodzakelijk om de inventarisatie aan het verzoek tot machtiging te laten voorafgaan: ook wanneer men de vrederechter vraagt om te mogen aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving, kan men de in dat geval verplichte notariële boedelbeschrijving nadien laten opmaken. Het moet immers mogelijk zijn de vrederechter te overtuigen van de opportuniteit van die optie, los van de hierbij horende inventaris, bijvoorbeeld door middel van bankattesten, een verklaring van de notaris, ja zelfs een onderhandse boedelbeschrijving.

De vermelde regel dat een inventaris gebeurt in de notariële vorm (art. 1177, 1178 en 1183 Ger.W.) speelt enkel ten volle wanneer de wetgever een inventaris vereist, hetgeen niet *per se* het geval is voor de uitoefening van het optierecht ten behoeve van een onbekwame: bijgevolg ontbreekt enige sanctie voor de in voorkomend geval opgestelde onderhandse inventaris (W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 137-138, nr. 32).

Dit neemt niet weg dat de vrederechter met kennis van zaken moet (kunnen) oordelen, op straffe van aansprakelijkheid van de Belgische Staat, bijvoorbeeld indien de vrederechter machtigde om te verwerpen en achteraf blijkt dat de nalatenschap geenszins deficitair is doch op de verwerping niet kan worden teruggekomen.

588 De beneficiaire aanvaarding impliceert, evenzeer als een zuivere en eenvoudige aanvaarding, een definitieve uitputting van het optierecht: *semel heres, semper heres*.

Het gaat dus hoe dan ook om een definitieve aanvaarding met alle gevolgen vandien (Cass. 13 februari 1998, *Rec. Cass.* 1998, 372, noot J. VERSTAPPEN; S. MOSSELMANS, “Over de termijn voor het opstellen van de inventaris in het raam van de beneficiaire aanvaarding”, *t.a.p.*, 349-350; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, *t.a.p.*, p. 209-210, nr. 92), bijvoorbeeld inzake het betalen van de verschuldigde successiebelasting (met inbegrip van boetes en interesten; L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, *t.a.p.*, 354-356; F. DEBUCQUOY, “Machtiging aan de voorlopige bewindvoerder tot aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving van een aan de beschermde persoon toegevalen nalatenschap – Belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 131-132, nr. 4; H. DU FAUX, *t.a.p.*, 180-181; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, *t.a.p.*, p. 212-213, nr. 96; Th. VAN SINAY en J. VERSTAPPEN, *a.w.*, p. 196, nr. 418; J. VERSTAPPEN, “Implicaties op het vlak van directe

belastingen en successierechten van het aanvaarden of het verwerpen van de nalatenschap”, *T.F.R.* 1997, p. 227, nr. 57) en inzake de inbreng van op voorschot ontvangen giften nu krachtens artikel 843 B.W. iedere erfgenaam die tot de nalatenschap komt, zelfs indien hij (gedwongen) onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaardt, gehouden is tot inbreng van al hetgeen hij als gift van de *decurus* heeft ontvangen.

Enkel de verwerpende erfgenaam is niet tot inbreng gehouden, nu deze geacht wordt nooit erfgenaam te zijn geweest (art. 785 B.W.).

Zie: F. DEBUCQUOY, “Machtiging aan de voorlopige bewindvoerder tot aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving van een aan de beschermde persoon toegevalen nalatenschap – Belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 132-133, nr. 5; Ch. SLUYTS, “Inbreng en inkorting – De problematiek van de waardeschommelingen”, in W. PINTENS en B. VANDERMEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1993, p. 39, nr. 66; Ch. SLUYTS, “Inbreng en inkorting na de Wet van 22 december 1998”, in W. PINTENS (ed.), *Themischier – Familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2001, p. 73, nr. 22.

589 Ook de verwerping of de aanvaarding van een algemeen legaat (art. 1003 B.W.) dan wel een legaat onder algemene titel (art. 1010 B.W.), implieert een voorafgaande machtiging van de vrederechter.

Men spreekt van een algemeen legaat wanneer de legataris, alleen of samen met anderen, wordt geroepen of minstens kan worden geroepen tot de geheelheid van de nalatenschap. De algemene legataris moet bijdragen in de schulden en lasten van de nalatenschap naar evenredigheid van zijn aandeel in het actief.

Voor de legaten onder algemene titel onderscheidt de wetgever vijf categorieën: het legaat van alle onroerende goederen, het legaat van alle roerende goederen, het legaat van een evenredig deel van al de onroerende goederen, het legaat van een evenredig deel van al de roerende goederen en het legaat van een evenredig aandeel in alle goederen van de nalatenschap. In hun hoedanigheid van rechtsopvolgers te algemene titel moeten deze legatarissen *pro parte* bijdragen in de schulden en lasten van de nalatenschap.

Een en ander staat gelijk met de verwerping of de aanvaarding van een nalatenschap en de eraan verbonden risico’s, aldus de artikelen 871, 1009 en 1012 B.W. (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1290, nr. 1405).

Zie ook: J.-P. MASSON, “Le nouveau régime de protection des biens des incapables majeurs”, *t.a.p.*, p. 196, nr. 21.

Eens te meer is enkel aanvaarding mogelijk onder voorrecht van boedelbeschrijving.

Zie voor een kritische evaluatie: Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 330-331, nrs. 738-739.

Dit heeft voor gevolg dat de gehele nalatenschap en ook alle rechthebbenden, ook de meerderjarigen, onder de regels vallen van de beneficiaire aanvaarding, onder meer voor wat de inventarisatie en het beheer van de goederen

betreft. Artikel 810*bis* B.W. bepaalt immers dat, wanneer sommige erfgenamen de nalatenschap gewoon aanvaarden en andere onder voorrecht van boedelbeschrijving, de regels inzake het voorrecht van boedelbeschrijving die betrekking hebben op de vorm van vereffening of op het vervolgingsrecht van de schuldeisers, van toepassing zijn voor de gehele nalatenschap en tot bij de verdeling.

Er moet een inventaris worden opgesteld van alle goederen die tot de nalatenschap behoren, zelfs wanneer de pupil slechts een legaat bekomt van een fractie van de (on)roerende goederen. Alle goederen moeten worden geïnventariseerd én gewaardeerd: men moet niet alleen de zekerheid hebben dat de pupil zijn volledig aandeel heeft bekomen in alle (on)roerende goederen; men moet even zeker zijn dat zijn bijdrage *pro parte* in de schulden juist is berekend (Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 331, nr. 740).

Voor zover het voormelde leidt tot ongewenste situaties, suggereert DE WULF de testator voor de minderjarige eerder in bijzondere legaten te voorzien (Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 332, nrs. 742-743). Zoals verder uiteengezet, is de procedure voor bijzondere legaten inderdaad eenvoudiger. De bijzondere machtiging van de vrederechter volstaat (art. 410 § 1, *sub* 6° B.W.). Bijzondere legatarissen zijn immers *intra vires* gehouden tot de schulden van de nalatenschap, zodat een beneficiaire aanvaarding geen zin heeft. Vanzelfsprekend moet men rekening houden met het feit dat het minderjarige kind als in beginsel reservataire erfgenaam recht heeft op een fractie van de nalatenschap, een zogeheten *pars hereditatis*. Aldus moet het zich (behoudens het hierna vermelde geval van de ouderlijke boedelverdeling) niet *per se* tevreden stellen met de testamentaire toebedeling van een goed ter voldoening van zijn kavel.

Ingeval een testamentaire ouderlijke boedelverdeling voorligt, treden de kinderen-kavelanten niet op als legatarissen maar als erfgenamen-deelhebbers met alle gevolgen vandien in verband met de gehoudenheid tot de schulden van de nalatenschap (L. RAUCENT, *Les libéralités*, Leuven, Academia-Bruylant, 1991, p. 284, nr. 422). Een verzaking van de testamentaire boedelverdeling houdt meteen de verwerping van de nalatenschap in; omgekeerd heeft de verwerping van de nalatenschap de verzaking van de testamentaire boedelverdeling tot gevolg. Hier speelt het machtigingsvereiste overeenkomstig artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. (en niet art. 410 § 1, *sub* 6° B.W.) en is een aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving noodzakelijk (J. VERSTRAETE, “Schenkingen aan minderjarigen”, *Waarvan Akte* 2002, p. 52, nr. 18).

590 De overeenkomstig artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. vereiste machtiging is (eens te meer) bijzonder en dekt derhalve enkel de bedoelde uitoefening van het optierecht. Voor de gebeurlijk in het raam van de vereffening-verdeling van de opengevallen nalatenschap te stellen (rechts)handelingen moet de voogd (of de ouder), zo nodig (art. 410 § 1 B.W.), een bijkomende machtiging vragen, bijvoorbeeld om een overeenkomst van onverdeeldheid te sluiten,

aldus artikel 410 § 1, *sub* 8° B.W. (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1268-1269, nrs. 1378).

591 Een en ander geldt ongeacht of het de nalatenschap betreft naar aanleiding van het openvallen waarvan de voogdij is ontstaan dan wel een in de loop van de voogdij opengevallen nalatenschap (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1268, nr. 1377).

Het kan ook een nalatenschap betreffen die reeds vóór het ontstaan van de voogdij is opengevallen doch omtrent welke pas na het ontstaan van de voogdij standpunt wordt ingenomen. Het moet wel gaan om een nalatenschap waarin de pupil erfgerechtigd is: aldus weigert de Vrederechter te Deinze machtiging te verlenen om ten behoeve van een minderjarige een nalatenschap te verwerpen nu blijkt dat tussen het overlijden van de erflater en de geboorte van het kind ongeveer veertien maanden zijn verlopen of 421 dagen ... (Vred. Deinze 13 februari 2002, *T.Vred.* 2002, 417). Het (klein)kind kon met andere woorden nog niet zijn verwekt ten tijde van het overlijden van diens grootvader (art. 725 B.W.; zie hierover uitgebreid: M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, p. 53-60, nrs. 31-32).

592 Krachtens het oude artikel 462 B.W. kon, ingeval een namens de minderjarige (pupil) verworpen nalatenschap door niemand anders was aanvaard, deze nalatenschap alsnog worden aanvaard, hetzij door de (opnieuw gemachtigde) voogd hetzij door de meerderjarig geworden minderjarige, dit evenwel in de staat van de nalatenschap ten tijde van de aanvaarding en zonder mogelijkheid tot verzet tegen de reeds wettelijk verrichte “verkopen en andere handelingen”.

Deze (overbodige) bepaling komt thans niet meer voor. Krachtens artikel 790 B.W. kan men immers terugkomen op de verwerping. Erfgerechtigden die een nalatenschap hebben verworpen, zijn bevoegd de nalatenschap alsnog te aanvaarden, indien deze niet reeds door andere erfgenamen is aanvaard en voor zover geen verjaring is tussengekomen van het recht te aanvaarden. De andere erfgenamen moeten het bewijs leveren dat zij een daad van (uitdrukkelijke of stilzwijgende) aanvaarding hebben gesteld vóór de intrekking van de verwerping (M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, *t.a.p.*, p. 225, nr. 106).

593 De voogd kan niet, zonder machtiging van de vrederechter, afzien van het inroepen van de reserve van het kind (art. 913 B.W.). Ingeval bijvoorbeeld de langstlevende ouder een legaat van het vruchtgebruik van een onroerend goed maakt ten voordele van een derde en dit legaat een inbreuk maakt op de erfrechtelijke reserve van het minderjarige kind van de ouder-testator, zou de voogd kunnen afzien van het inroepen van die reserve en het legaat uitvoeren om te ontsnappen aan de andere mogelijkheid van inkorting mits afstand van het beschikbare deel (art. 917 B.W.). De voogd kan voor de ene dan wel voor de andere mogelijkheid opteren, zij het met voorafgaande machtiging van de

frederechter (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 398, nr. 93).

Vgl.: J. DEMBLON, “L’usufruit du conjoint survivant – Rédaction de la libéralité excessive – Acte de renonciation à l’action en réduction”, *Rev. prat. not. b.* 1967, 354.

§ 10. Aanvaarding van een schenking of een bijzonder legaat

594 Om gevolg te hebben, moet een gift worden aangenomen. Artikel 932, eerste lid B.W. bepaalt terzake dat de schenking onder de levenden de schenker niet bindt en generlei gevolg heeft, dan van de dag waarop zij in uitdrukkelijke bewoordingen is aangenomen. Deze bepaling kent een algemene draagwijdte en geldt voor elke schenking, ongeacht de vorm waarin ze plaatsvindt (N. LABEEUW, “Art. 932 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 2002, p. 5, nr. 5). Aldus moeten niet alleen de notariële schenking, maar ook de handgift, de vermomde schenking, de onrechtstreekse schenking en evenzeer het beding ten behoeve van een derde en de translatieve verzaking door de begunstigde worden aanvaard. De in artikel 932, tweede lid B.W. opgelegde vormvoorwaarden, zijn daarentegen enkel van toepassing voor de schenkingen die tegelijk aan artikel 931 B.W. (moeten) voldoen.

595 De vraag rijst onder welke *formae habilitantes* de voogd namens de begunstigde pupil kan aanvaarden. Krachtens artikel 410 § 1, sub 6° B.W. kan de voogd niet zonder (voorafgaande) machtiging van de frederechter een schenking (art. 894 B.W.) of een legaat onder bijzondere titel (art. 1010, tweede lid B.W.) aanvaarden.

Zie voor een uitgebreide bespreking terzake: J. VERSTRAETE, “De schenking van een onroerend goed aan een minderjarige”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, K.U.L.A.K., 2002, 18 p.; J. VERSTRAETE, “Schenken aan minderjarigen”, *t.a.p.*, 46-60. Zie ook: M. PUELINCKX-COENE, “*Actualia* schenkingen: *capita selecta*”, *t.a.p.*, 128-141 en 153-156.

Algemene legaten of legaten onder algemene titel vallen onder het voorschrift van artikel 410 § 1, sub 5° B.W., zoals hoger aangegeven.

De (vrede)rechterlijke controle is aangewezen nu een gift met voor de pupil al te bezwarende lasten verbonden zou kunnen zijn of een verdachte oorsprong kan hebben (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 399, nr. 93; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1269, nr. 1379).

In beginsel is de machtiging vereist ongeacht de al dan niet authentieke vorm waarin de gift wordt gedaan: ook de aanvaarding van een handgift valt derhalve onder het bedoelde machtigingsvereiste. Voor zover de (vrede)rechterlijke machtiging een schriftelijke aanvaarding van de handgift impliceert, bij-

voorbeeld om met de ter hand gestelde gelden een onroerend goed te kunnen aankopen, kan dit wel de invordering van registratierechten tot gevolg hebben. Niettemin bewijst de machtiging *in se* geenszins het bestaan van de gift voor de aanvaarding waarvan machtiging is verleend: pas bij de effectieve aanvaarding komt de gift tot stand, pas dan is zij belastbaar. Het machtigingsvereiste voor de aanvaarding van de handgift doet de registratierechtelijke neutraliteit van een handgift niet teniet.

Zie inzake het voorlopig bewind: F. BLONTRUCK, *t.a.p.*, p. 123, nr. 58; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", *t.a.p.*, p. 184, nr. 391.

De vermomde gift valt evenwel buiten het toepassingsgebied van artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W., maar kan onder een andere in de lijst bedoelde handeling ressorteren, bijvoorbeeld als aankoop van een onroerend goed (art. 410 § 1, *sub* 9° B.W.) (J. VERSTRAETE, "Schenkeningen aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 48, nr. 9). COENE ziet het anders (M. PUELINCKX-COENE, "*Actualia* schenkingen: *capita selecta*", *t.a.p.*, 130). Zij is van oordeel dat vermomde schenkingen aan een pupil "wellicht" niet rechtsgeldig kunnen gebeuren, ten minste zo de voogd in de plaats van de pupil moet aanvaarden. De voogd zou, indien hij machtiging vraagt bij toepassing van artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W., openlijk moeten toegeven dat de voorgestelde rechtshandeling in feite een schenking is, wat men precies wil verbergen. Nochtans zijn ook de vermomde schenkingen onderworpen aan de algemene geldigheidsvereisten voor schenkingen, dus ook aan de regels inzake bekwaamheid en dus ook aan het machtigingsvereiste.

De onrechtstreekse schenking zou wel onder artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W. vallen, hoewel dit delicaat lijkt (J. VERSTRAETE, "Schenkeningen aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 49, nr. 10). Dergelijke schenking vloeit voort uit een akte die, op zichzelf en zonder veinzing, een verrijking (niet noodzakelijk een eigendomsoverdracht) zonder tegenprestatie tot gevolg heeft: inzonderheid de verzaking *in favorem*, de kwijtschelding van een schuld, het beding ten behoeve van een derde (voor zover de derde om niet verkrijgt in de relatie "bedingerderde") en de betaling voor een ander (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2002, p. 517-521, nrs. 1087-1097). De gift is met andere woorden het onrechtstreekse gevolg van een autonome rechtshandeling. Zoals gezegd, impliceert ook de onrechtstreekse schenking dat ze wordt aanvaard en deze aanvaarding onderstelt een machtiging. Die machtiging situeert zich werkelijk tussen het optreden van de beschikker enerzijds en de aanvaarding namens de begunstigde pupil anderzijds.

VERSTRAETE stelt zich vragen bij het nut van een machtiging in dezen. Een beding ten behoeve van een derde (art. 1121 B.W.) zou deze derde enkel tot voordeel kunnen strekken. De begiftigde kan wel morele motieven hebben om de gift te weigeren. De tussenkomst van de rechter wordt dan des te delicaat. In dergelijke situaties is het moeilijk een andere bestaansreden voor de rechterlijke machtiging te vinden tenzij dan de algemene bewoordingen van artikel

410 B.W., en dit lijkt, volgens voormelde auteur, een zwak argument (J. VERSTRAETE, "Schenkeningen aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 49, nr. 10). VERSTRAETE wijst ook op het soms moeilijk toepasbare onderscheid tussen enerzijds de derde-begunstiging waarbij de derde een recht *jure proprio* bekomt, dit wil zeggen een eigen en rechtstreeks recht tegenover de belover bij het afsluiten van de overeenkomst in plaats van een recht als erfgenaam, en anderzijds het geval waarbij de erflater het recht *jure hereditario* verstrekt: in het eerste geval is artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W. van toepassing, in het tweede geval artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. (J. VERSTRAETE, "Schenkeningen aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 57-58, nr. 30). Verder vreest hij dat in de praktijk naar alle waarschijnlijkheid het vereiste van een aan de aanvaarding voorafgaande rechterlijke machtiging (ongewild) over het hoofd zal worden gezien. Verzekeringsmaatschappijen zullen er wel over waken dat de verzekerde kapitalen worden uitbetaald na vervulling van de nodige *formae habilitantes* maar *quid* bijvoorbeeld bij de kwijtschelding van een schuld, de betaling voor rekening van de minderjarige of de overschrijvingen op rekening? Mede in die context komt hij verder tot de (betwistbare) stelling dat de vereiste machtiging niet *per se* voorafgaandelijk moet zijn (J. VERSTRAETE, "Schenkeningen aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 49-50, nrs. 11-14).

596 De oplegging van een machtigingsvereiste voor de aanvaarding van een schenking of een bijzonder legaat heeft, zoals gezegd, een vermogensrechtelijke *ratio*: de verificatie van gebeurlijk bezwarende lasten of voorwaarden. Vanuit die optiek zou men de giften met bezwarende lasten van de niet-bezwaarde giften kunnen onderscheiden: enkel de eerste categorie onderstelt machtiging (C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *t.a.p.*, p. 399, nr. 93, die naar de regeling in Frankrijk en Luxemburg verwijst). Dit is ten andere de regeling in Frankrijk en in het Groothertogdom Luxemburg. Aldus luidt het (in 1964 gewijzigde) Franse artikel 463 C.c.: "Le tuteur peut accepter sans autorisation les donations et legs particuliers advenus au pupille, à moins qu'il ne soient grevés de charges."

Er is echter meer in het spel (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 125, nr. 49). Naast de vermogensrechtelijke *ratio* speelt immers een minstens even belangrijke morele *ratio*: met zijn gift verzekert de schenker zich een (morele) invloed op de begiftigde, *a fortiori* wanneer deze laatste minderjarig is en wegens zijn jeugdige leeftijd meer "ontvankelijk" voor dergelijke invloed. Met de bedoelde (rechterlijke) controle beoogt men een toetsing van de oorsprong en de drijfveren die de schenker hebben geïnspireerd en hem tot de schenking aanzetten: "En l'acceptant, on assure au bienfaiteur sur l'enfant, la vive influence qui naît infailliblement de la générosité de l'un et de la gratitude de l'autre. Il importe donc de connaître les moeurs de cette personne, et de se convaincre, avant de céder à ses désirs, de la pureté de ses intentions" (M. CHARDON, *Traité des trois puissances: maritale, paternelle et tutélaire*, III, *Puissance tutélaire*, Brussel, Wahlen/Société typographique belge, 1843, p. 132, nr. 420). Het machtigingsvereiste voor de aanvaarding van schenkingen aan be-

schermde personen, inzonderheid aan minderjarigen, is dus een maatregel van preventieve controle die niet enkel is ingegeven met het oog op een goed vermogensbeheer, maar tevens en vooral is gericht op de zorg voor de persoon. Dit brengt met zich dat de opportuniteitsbeoordeling aan de zijde van de vrederechter hoe dan ook niet louter vanuit vermogensrechtelijk perspectief mag gebeuren (F. DEBUCQUOY, “De bijzondere vrederechterlijke machtiging tot aanvaarding van een schenking onder levenden aan een niet-ontvoogde minderjarige (art. 378, 410 § 1, *sub* 6° en 935 B.W.)”, noot onder Vred. Houthalen-Helchteren 28 november 2001, *A.J.T.* 2001-02, p. 727-728, nr. 3). Eens men dit aanneemt, moet men ook aanvaarden, zeker gelet op de versterkte aandacht van de wetgever voor de persoon van de pupil, dat een niet tot formaliteit ontaarde morele opportuniteitsbeoordeling ertoe kan leiden de bijzondere machtiging tot aanvaarding van een schenking te weigeren, zelfs al zijn aan de gift geen lasten verbonden en kan deze vanuit materieel oogpunt de beschermde persoon alleen maar “rijker” maken. Van de toezichthoudende vrederechter, aan wie de (delicate) beoordeling toekomt van de beweegredenen en de vermogensrechtelijke opportuniteit van de gift, wordt dus niet enkel een grondige kennis gevergd van het verbintenissenrecht, het erfrecht en het schenkingsrecht (m.i.v. het fiscaal recht), maar vooral ook scherpzinnigheid en een diepgaande mensenkennis.

597 Dat het machtigingsvereiste aldus strekt tot bescherming van de pupil spreekt voor zich.

De machtiging betreft dan ook een grondvereiste, geen vormvereiste.

Zie in die zin: J. VERSTRAETE, “Schenken aan minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 47-48, nrs. 4-6. Anders: Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 329, nr. 735.

De aanvaarding zonder vrederechterlijke machtiging staat gelijk met een gebrek in de toestemming, met een relatieve nietigheid tot gevolg (art. 1125 B.W.).

598 De voogd behoeft geen (vrede)rechterlijke machtiging om de schenking te verzaken.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 254-255, nr. 326.

Indien die verzaking een slecht beheer weerspiegelt, is de voogd gehouden tot schadevergoeding (art. 405 § 1, derde lid B.W.). In verband met de aanneming van schenkingen, zij ook verwezen naar het specifiek bepaalde in artikel 942 B.W.: minderjarigen en onbekwaamverklaarden worden niet in hun recht hersteld tegen het ontbreken van de aanneming of van de overschrijving van schenkingen, behoudens verhaal op hun voogd indien daartoe grond bestaat, maar zonder herstel, zelfs ingeval de voogd onvermogen mocht zijn. Deze bepaling staat los van het machtigingsvereiste (J. VERSTRAETE, “Schenken aan minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 50-51, nr. 17). Zij doelt onder meer op het geval dat, indien de aanneming van een schenking (in de daartoe voorgeschreven authentieke vorm) door nalatigheid van de voogd niet meer tijdens

het leven van de schenker is gebeurd, deze schenking geen enkel gevolg heeft. Alsdan rijst de aansprakelijkheid van de voogd. Dit kan evenzeer het geval zijn indien de voogd laattijdig voor de aanneming van de schenking heeft gezorgd, waardoor schade is ontstaan voor de begiftigde minderjarige (pupil), bijvoorbeeld door derving van de opbrengsten.

599 Ook krachtens het oude artikel 463 B.W. moest de voogd zich (door de familieraad) laten machtigen om een schenking te aanvaarden. Wel rees de vraag in welke mate dit evenzeer gold voor de aanvaarding van een bijzonder legaat. Volgens een (meerderheids)gedeelte van de rechtsleer diende een en ander te worden gelijkgesteld.

Zie terzake: M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, *t.a.p.*, p. 806, nr. 42; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1269-1270, nr. 1381; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, V, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 84-85, nr. 73; J. SACE, "Les libéralités – Dispositions générales", in *Répertoire notarial*, III, *Successions – Donations et Testaments*, VI, Brussel, Larcier, 1993, p. 202-203, nr. 182; vgl.: C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, VII, Brussel/Gent, Decq/Hoste, 1850, p. 486-491, nrs. 704-709; M. PLANIOL en G. RIPERT, *a.w.*, I, p. 634-636, nr. 574.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *t.a.p.*, p. 126, nr. 45.

Artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W. heeft het nu ook over de aanvaarding van een bijzonder legaat (N. GALLUS, "La nouvelle loi sur la tutelle", *J.T.* 2002, 77; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 42, nr. 49).

600 Anders dan voor het afzien van een schenking, zou de voogd wel gemachtigd moeten worden om een bijzonder legaat te verwerpen, nu dit laatste al te verwant is met het in artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. bedoelde optierecht (S. MOSSELMANS, "Werking van de voogdij inzake het vermogen", *t.a.p.*, p. 194, nr. 416).

Zie ook: P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 255, nr. 326.

Verder impliceert het nalaten om een schenking te aanvaarden geen transactie (art. 894 B.W.), terwijl het afzien van een bijzonder legaat veeleer op een (zonder vrederechterlijke machtiging niet toegelaten) vervreemding neerkomt (P. DELNOY, "Les incapacités civiles au lendemain de la loi du 18 juillet 1991 dans le domaine des libéralités", *t.a.p.*, 310-311). Zoals gezegd, kan de voogd zelf oordelen over de weigering van een aanbod tot schenking, zij het steeds rekening houdend met de in artikel 405 § 1, derde lid B.W. vooropgestelde gedragscode, alsook met artikel 942 B.W. Die vormvrije beoordelingsmogelijkheid geldt niet inzake de verwerping van een bijzonder legaat: ook in de opvatting dat er inzake het testamentaire erfrecht géén overgang is van rechtswege van het eigendomsrecht, kan men ertoe komen, minstens naar analogie met artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W., de verwerping van een bijzonder legaat aan machtiging te onderwerpen. Werd het legaat vermaakt zonder lasten of voorwaarden, dan kan de vrederechter, indien geen morele redenen daartoe nopen, wellicht terughoudend zijn om machtiging te verlenen tot verwerping van het legaat (F. DEBUCQUOY, "De bijzondere vrederechterlijke machtiging tot

aanvaarding van een schenking onder levenden aan een niet-ontvoogde minderjarige (art. 378, 410 § 1, *sub* 6° en 935 B.W.)”, *t.a.p.*, p. 722, nr. 1, voetnoot 10).

De meerderheidsopvatting luidt evenwel in die zin dat noch een aanbod tot schenking afslaan noch een bijzonder legaat verzaken machtiging behoeven (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 237; H. CASMAN, “Quelques aspects notariaux de la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, 13; H. CASMAN en J.-P. MASON, *t.a.p.*, p. 37-38, nr. 30; Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 333, nr. 745; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 51; J. VERSTRAETE, “De schenking van een onroerend goed aan een minderjarige”, *t.a.p.*, p. 4, nr. 3).

601 Artikel 935, eerste lid B.W. herhaalt dat een aan de pupil gedane schenking door zijn voogd enkel kan worden aanvaard met inachtneming van artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W.

Krachtens artikel 935, derde lid B.W. kunnen nochtans de ouders (vgl.: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 73) en, zelfs gedurende het leven van de ouders, de andere bloedverwanten in de opgaande lijn (ook al zijn zij geen voogd) de schenking voor de minderjarige (pupil) aannemen. Ascendenten kunnen aldus (“als ascendent”, d.w.z. *qualitate qua*), zonder verdere (bevoegdmakende) pleegvormen, namens de minderjarige een gift (onder de levenden) aanvaarden. Onder de ascendenten moet geen bepaalde volgorde worden gerespecteerd (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 125, nr. 50). De aanneming door één ascendent is voldoende, zij het niet de gebeurlijke ascendent-schenker zelf (Rb. Dendermonde 8 juli 1991, *Not. Fisc. M.* 1991, 321, noot C. DE BUSCHERE; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 188, nr. 70).

Toepassing van artikel 935, derde lid B.W. is mogelijk wanneer aan de begunstigde pupil lasten/voorwaarden worden opgelegd, tenminste indien die lasten/voorwaarden binnen redelijke perken blijven en ze uiteraard het voordeel aan de zijde van de begunstigde niet overstijgen (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 188, nr. 70). Bepaalde lasten/voorwaarden zullen, voor de uitvoering ervan, de vrederechterlijke machtiging onderstellen, bijvoorbeeld de last om een goed te vervreemden of te hypothekeren.

Voor de goede orde, herhaalt ook artikel 378 § 1, eerste lid B.W. deze (vrije) bevoegdheid voor de ouders.

De *ratio legis* van artikel 935, derde lid B.W. bestaat erin te vermijden dat (in wezen voordelige) giften (onder de levenden) ten behoeve van minderjarigen niet aanvaard zouden worden (M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, *t.a.p.*, p. 806, nr. 42). Het betreft een absoluut, individueel en concurrent recht van iedere bloedverwant in de opgaande (vaderlijke of moederlijke) lijn. De concrete relatie met hun afstammeling speelt geen rol, tenzij in geval van belangentegenstelling. Inderdaad, belangentegenstelling sluit de toepassing van artikel 935, derde lid B.W. door de betrokken ascendent uit (F. DEBUCQUOY, “De bijzondere vrederechterlijke machtiging tot aanvaarding

van een schenking onder levenden aan een niet-ontvoogde minderjarige (art. 378, 410 § 1, *sub* 6° en 935 B.W.)”, *t.a.p.*, p. 734-737, nr. 4). Bedoeld wordt een belangentegenstelling tussen enerzijds de begiftigde en anderzijds de aanvaardende ascendent, niet een belangentegenstelling tussen de schenker en de begiftigde: wederzijds voordeel voor deze laatsten is mogelijk (A. SCHICKS en A. VANISTERBEEK, *Traité-formulaire de la pratique notariale – Le droit civil: théorie et pratique*, IV, Brussel/Leuven, Revue Pratique du Notariat Belge/Fonteyn Louvain, 1928, p. 528-529, nr. 848).

602 De vraag rijst of deze bevoegdheid aan de zijde van de ascendenten primeert op deze van de voogd (niet-ascendent). Dit zou impliceren dat, wanneer de ascendenten weigeren de gift (onder de levenden) te aanvaarden, het evenmin aan de (zelfs gemachtigde) voogd toekomt alsnog te aanvaarden (J. SACE, *t.a.p.*, p. 203, nr. 183).

Vgl.: E. DE WILDE D'ESTMAEL, “Les donations”, in *Répertoire notarial*, III, *Successions – Donations et Testaments*, VII, Brussel, Larcier, 1995, p. 101, nr. 77.

Dit is niet het geval: artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W. moet niet onderdoen voor artikel 935, derde lid B.W. Nu de voogdij (nog) enkel ontstaat indien beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn of in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om hun wil te kennen te geven (art. 389 B.W.), kan de bedoelde tegenstelling (nog) enkel voorhanden zijn tussen de andere bloedverwanten in de opgaande lijn enerzijds en de voogd (niet-ascendent) anderzijds. Indien de bedoelde bloedverwant niet tot voogd is aangesteld (art. 393 B.W.) betekent dit (in de regel althans) dat hij niet voor deze opdracht in aanmerking komt, wat dientengevolge bezwaarlijk met zich kan brengen dat zijn (eenmalig) oordeel plotsklaps boven dat van de (gemachtigde) voogd zou primeren (M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSENS, *t.a.p.*, p. 806, nr. 42). De al dan niet gemotiveerde beslissing van een ascendent om de gift te weigeren, is dus niet bindend voor de voogd aan wie het vrijstaat, niettegenstaande deze weigering, de schenking toch te aanvaarden, weliswaar met bijzondere machtiging van de vrederechter (art. 410 § 1, *sub* 6° B.W.).

Vgl.: F. DEBUCQUOY, “De bijzondere vrederechterlijke machtiging tot aanvaarding van een schenking onder levenden aan een niet-ontvoogde minderjarige (art. 378, 410 § 1, *sub* 6° en 935 B.W.)”, *t.a.p.*, p. 730-731, nr. 4, voetnoot 64, die eerder het omgekeerde verdedigt, nu de ascendenten vooral vermoed worden gekwalificeerd te zijn om het morele aspect van de schenking te beoordelen, terwijl de voogdijorganen niet alleen het morele maar ook het patrimoniale aspect beoordelen. Deze zienswijze kan niet worden onderschreven, alleen al gelet op de vermelde *ratio legis* van artikel 935, derde lid B.W.

§ 11. Overeenkomst van onverdeeldheid aangaan

603 Evenals het oude artikel 457, eerste lid B.W., catalogeert thans ook artikel 410 § 1, *sub* 8° B.W. (anders dan art. 488*bis*, f § 3, tweede lid B.W. inzake het voorlopig bewind) het sluiten van een overeenkomst van onverdeeldheid onder de rechtshandelingen waarvoor de voogd de (voorafgaande) machtiging van de vrederechter nodig heeft.

Bedoeld worden de overeenkomsten in de zin van artikel 815, tweede lid B.W. (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 129, nr. 58). Artikel 815, eerste lid B.W. bepaalt als beginsel dat niemand kan worden genoodzaakt in onverdeeldheid te blijven: de verdeling kan te allen tijde worden gevorderd, niettegenstaande enige hiermee strijdige verbodsbepaling of overeenkomst. In afwijking daarvan mag men, krachtens artikel 815, tweede lid B.W., (desnoods herhaaldelijk) overeenkomen de verdeling voor een bepaalde tijd, doch niet langer dan vijf jaar, uit te stellen.

604 Indien men goederen van de pupil in onverdeeldheid wil brengen, bijvoorbeeld met een beding van aanwas, is eveneens machtiging nodig (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 236). Zo de (on)roerende goederen nog niet in onverdeeldheid zijn, impliceert het brengen ervan in de gesloten boedel (of in een burgerlijke vennootschap), al dan niet met een beding van aanwas, zeker een “vervreemding” in de zin van artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W.

§ 12. Optreden in rechte

605 Vooraf zij aangestipt dat het recht om in rechte op te treden, in de regel, een persoonlijk recht is. De voogd heeft dan ook enkel hoedanigheid om als vertegenwoordiger te fungeren indien de vertegenwoordigde zelf niet kan optreden, zodat de verdediging van zijn belangen de tussenkomst van een gemachtigde onderstelt. Zo overweegt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 4 oktober 2000, in een geval waarbij een minderjarige partij na de uitspraak in eerste aanleg meerderjarig is geworden, dat het door haar moeder meer dan een jaar later ingestelde hoger beroep de betrokkene niet de hoedanigheid van partij voor de appèlrechtters heeft kunnen verlenen. De hervatting van het geding voor die rechtters kan evenmin uitwerking hebben aangezien de moeder noch de hoedanigheid noch het belang had om de zaak in eigen naam of *qualitate qua* bij de appèlrechtters aanhangig te maken: een onregelmatig geding kan hoe dan ook niet worden hervat (Cass. 4 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 563).

606 Bovendien zij gewezen op een steeds vaker aangenomen procesbekwaamheid van de minderjarige die over het nodige onderscheidingsvermogen beschikt. Aldus aanvaardt men, zonder wettelijke basis doch gelet op de noodwendigheden van het rechtsverkeer, dat een minderjarige met onderscheidingsvermogen, in geval van belangenconflict met zijn ouders, een vordering die een absoluut noodzakelijk karakter vertoont, kan instellen (P. SENAEVE, *a.w.*, II, p. 229, nr. 1431). De Rechter in kort geding te Brussel acht dit bijvoorbeeld mogelijk voor een zestienjarige die een conflict heeft met betrekking tot zijn recht op onderwijs (Kort Ged. Brussel 3 februari 1999, *J. dr. jeun.* 1999, 37, noot A. JONCKHEERE). Ook de Rechter in kort geding te Gent aanvaardt dit voor een zeventienjarig meisje dat, na door haar vader uit de ouderlijke woning te zijn gezet, tegen hem een vordering tot betaling van onderhoudsgeld instelt om in haar eigen levensonderhoud te kunnen voorzien (Kort Ged. Gent 16 mei 2002, *R.W.* 2002-03, 1110).

Wat mogelijk is zonder vertegenwoordiging door de ouders, kan de minderjarige (desnoods) ook zonder vertegenwoordiging door zijn voogd.

A. OPTREDEN IN RECHTE ALS VERWEERDER

607 Zoals de voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub a* B.W.; E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 7, nr. 15), dient de voogd aan de vrederechter geen bijzondere machtiging te vragen om zijn pupil in rechte te vertegenwoordigen als verweerder (art. 410 § 1, *sub 7°* B.W.). Dit is evident: men ziet niet in dat de vrederechter zou kunnen verbieden zich te verdedigen.

In die optiek kan worden voorgehouden dat het stellen van een tegenvordering evenmin machtiging behoeft: in de procedure wordt het stellen van een tegenvordering eigenlijk als een “verweer” aangezien.

Zie: G. CLOSSET-MARCHAL, “Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DEL’U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d’application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, p. 2, nr. 3; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1518, nr. 137.

Vgl.: V. TOLLENAERE, “Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter”, *t.a.p.*, p. 2, nr. 5; V. TOLLENAERE, “Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter met betrekking tot onroerende goederen”, *t.a.p.*, p. 87, nr. 5.

B. OPTREDEN IN RECHTE ALS EISER

608 Anders dan overeenkomstig het oude artikel 464 B.W. dat enkel het optreden betreffende onroerende rechten betrof, moet de voogd thans (in beginsel) voor elk optreden in rechte als eiser wel een (in de regel) voorafgaande machtiging van de vrederechter vragen.

Zo ook in afstammingsgeschillen (F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 15, nr. 77; vgl.: J. GERLO, *Handboek voor familierecht I – Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2000, p. 313, nr. 810).

Zie ter illustratie van het oude artikel 464 B.W.: Luik 17 januari 1972, *Jur. Liège* 1971-72, 209; Gent 23 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 371, noot R. PASCARIELLO; Rb. Marche-en-Famenne 4 februari 1971, *Jur. Liège* 1970-71, 221; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1258, nr. 1369, *sub 7°*, p. 1261, nr. 1370, *sub e* en p. 1270, nr. 1382; R. PASCARIELLO, *t.a.p.*, 373-374.

Zie inzake het voorlopig bewind: E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 7, nr. 15.

Zo onderstelt bijvoorbeeld het instellen van een bezitsvordering een voorafgaande machtiging. Machtiging is niet nodig wanneer het optreden (in rechte) het bekomen van louter bewarende maatregelen beoogt, dan wel een vrij van betwisting zijnde procedure behelst.

Zie ook: Vred. Roeselare 16 december 1997, *R.W.* 1998-99, 55.

Het vereiste geldt voor elk initiatief terzake vanaf 1 augustus 2001.

Zie voor een toepassing: Vred. Roeselare 15 november 2001, *R.W.* 2001-02, 1184.

In de regel moet men eerst machtiging vragen en dan procederen. Dat zulks niet altijd mogelijk is, spreekt voor zich, zeker in wezenlijke gevallen van hoogdringendheid (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1270, nr. 1382; P. VANLERSBERGHE, “Art. 17 Ger.W.”, in P. DEPUYDT, J. LAENENS, D. LINDEMANS en S. RAES (reds.), *Comm. Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2002, p. 64-65, nr. 67). Te dezen wordt evenwel vrij algemeen aangenomen dat regularisatie mogelijk is, ook al omwille van “l’efficacité du droit judiciaire ainsi que la nécessaire célérité des procédures en justice” (H. BOULARBAH, *t.a.p.*, p. 88, nr. 83, aangehaald in: Vred. Barvaux 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 345): bij wijze van uitzondering, kan de vrederechter machtigen om de pupil “verder” te vertegenwoordigen.

Zie: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, I, *Introduction – Théorie générale des droits et des lois – Les personnes – La famille*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 97-100, nr. 81bis; *R.P.D.B.*, VIII, v^o Minorité, tutelle, émancipation, Brussel/Parijs, Bruylant/Librairie générale de droit, 1936, p. 330, nr. 1204 met verwijzing naar: Cass. 27 augustus 1899, *Pas.* 1899, I, 201; V. TOLLENAERE, “Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter met betrekking tot onroerende goederen”, *t.a.p.*, p. 88, nr. 6.
Vgl.: Vred. Westerlo 19 november 2001, *T.B.B.R.* 2002, 641.

Vooral om praktische redenen, brengt de wetgever van 13 februari 2003 een niet-onbelangrijke nuance aan: geen enkele machtiging is evenwel vereist in geval van burgerlijke partijstelling voor de feitenrechter voor wie de zaak werd vastgesteld op verzoek van het openbaar ministerie of ingevolge een beschikking van verwijzing.

Zie voor de verantwoording: *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-1058/1, p. 1-2.

Zie ook: N. GALLUS, “Tutelle et administration légale: la réforme de la réforme”, *t.a.p.*, 76; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 128-129, nr. 57.

Opmerkelijk is dat de wetgever van 3 mei 2003 in artikel 488bis, f § 3, *sub a* B.W. dezelfde nuance aanbrengt inzake het voorlopig bewind, met dien verstande dat daar elke burgerlijke partijstelling mogelijk is zonder vrederechterlijke machtiging. Om zich als voorlopige bewindvoerder namens de pupil (rechtstreeks) burgerlijke partij te stellen voor de onderzoeksrechter of voor de onderzoeksgerechten is dus evenmin machtiging vereist (Vred. Sint-Kwintens-Lennik 15 april 2004, *R.W.* 2004-05, 192; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, *t.a.p.*, p. 27-28, nr. 66; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 195-196, nr. 411).

609 Een vaak gestelde vraag is deze of de rechter het zich voordoende gebrek aan machtiging al dan niet ambtshalve moet sanctioneren.

610 Volgens een eerste strekking moet het antwoord ontkennend luiden.

Zie: S. MOSSELMANS, “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, *t.a.p.*, p. 196, nr. 420.

Zie in diezelfde zin omtrent het gebrek aan proces- of handelingsbekwaamheid aan de zijde van de onbekwame: P. VANLERSBERGHE, *t.a.p.*, p. 62-63, nr. 65.

Het machtigingsvereiste geldt immers, zoals hierna bepaald, slechts op straffe van relatieve nietigheid zodat het enkel de beschermde partij (of haar wettelijke vertegenwoordiger) toekomt (te gepasten tijde) de niet-naleving ervan aan te klagen.

Zie: C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 119; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 137, nr. 9.

Zie ook: Cass. 20 september 1977, *Arr. Cass.* 1977-78, 491; Cass. 21 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 808.

Vgl. wel: F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving", *t.a.p.*, p. 44-48, nrs. 90-92, die argumenteert dat het bedoelde machtigingsvereiste hoe dan ook de openbare orde raakt (ook een op straffe van relatieve nietigheid voorgeschreven regelgeving kan immers van openbare orde zijn, aldus ook F. RIGAUX, "L'état d'ébriété d'un contractant, cause de nullité relative de la vente", noot onder Cass. 21 oktober 1971, *R.C.J.B.* 1972, p. 426-428, nrs. 21-24): hoe dan ook moet, zolang de partij die door een dwingende wetsbepaling wordt beschermd, die bescherming niet heeft verzaakt, de rechter zich ten aanzien die bepaling gedragen alsof ze de openbare orde raakt. Hij "mag" de niet-naleving ervan ambtshalve opwerpen (strenger nog: A. MEEÛS, "La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge", noot onder Cass. 17 maart 1986, *R.C.J.B.* 1988, p. 522-527, nrs. 26-28).

SWENNEN werkt zijn zienswijze verder uit in: F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging", in I. VEROUGSTRAETE, Chr. STORCK, J. KIRKPATRICK en G. BRESSELEERS (reds.), *Imperat Lex – Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, p. 385-403, inzonderheid p. 396-398, nr. 16.

Zo ook is de vordering ingesteld door een ongemachtigde wettelijke vertegenwoordiger namens zijn pupil aangetast door een gebrek dat van aard is de nietigheid van de proceshandeling met zich te brengen. Zoals steeds inzake onbekwaamheden is deze nietigheid relatief, vermits zij steunt op een idee van bescherming. Bijgevolg kan zij enkel worden uitgesproken op verzoek van de onbekwame zelf of van zijn wettelijke vertegenwoordiger.

Anders: Kort Ged. Namen 27 februari 1987, *J.L.M.B.* 1987, 516.

Verzaking is mogelijk, ook door de wettelijke vertegenwoordiger namens zijn pupil.

Zie zeer uitdrukkelijk: Vred. Westerlo 19 november 2001, *T.B.B.R.* 2002, 641.

Verzaking impliceert afstand van de bescherming en met andere woorden de bevestiging van de vernietigbare handeling. Let wel, het loutere feit dat de imperatieve rechtsregel niet wordt ingeroepen, laat niet toe te besluiten dat van de bescherming wordt afgezien: afstand is enkel mogelijk "met kennis van zaken" (A. MEEÛS, *t.a.p.*, p. 523-525, nr. 27; A. WYLLEMAN, *Onvolwaardige wilsvorming en onbekwaamheid in het materieel en formeel privaatrecht*, Proefschrift R.U.Gent, 1998, nr. 1032). De verzaking door de wettelijke vertegenwoordiger kan bovendien enkel indien hij daartoe is gemachtigd zoals hij dat voor de te bevestigen handeling had moeten zijn.

Meer nog: zoals voormeld, is te dezen regularisatie mogelijk. Het optreden in rechte als eiser is ten andere nog niet voltrokken. Regularisatie is bovenal proceseconomisch verantwoord: de procedure moet niet noodzakelijk in haar geheel worden hernomen. Daarnaast verenigt de mogelijkheid tot regularisatie

tie de noodzaak om een vordering te kunnen inleiden als daad van bewaring en de vereiste rechterlijke controle op de wijze waarop de vertegenwoordiger zich van zijn opdracht kwijt.

Deze eerste strekking onderstelt dat het machtigingsvereiste *in se* de “toelaatbaarheid” van het optreden in rechte niet raakt (art. 17-18 Ger.W.).

Zie: Vred. Barvaux 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 345.

Zie zeer genuanceerd: H. BOULARBAH, “La double dimension de la qualité, condition de l’action et condition de la demande en justice”, *T.B.B.R.* 1997, p. 86-88, nrs. 76-84.

De naleving van het machtigingsvereiste betreft enkel de verhouding tussen de pupil enerzijds en zijn vertegenwoordiger anderzijds.

Vgl.: F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 388-389, nr. 4.

De hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger overstijgt met andere woorden het gegeven dat de wettelijke vertegenwoordiger in voorkomend geval zonder machtiging optreedt. Krachtens artikel 405 § 1, tweede lid B.W. vertegenwoordigt de voogd de pupil in alle burgerlijke handelingen. Die algemene vertegenwoordigingsopdracht geldt ook voor het optreden in rechte naarmate het subjectieve recht aan de zijde van de onbekwame pupil een rechtsvordering meebrengt. Welnu: dat de concrete vertegenwoordiging zonder machtiging gebeurt en dus onregelmatig is, neemt niet weg dat er vertegenwoordiging is. De vereiste machtiging strekt er namelijk niet toe de vertegenwoordiger een bevoegdheid te verlenen, maar een bevoegdheid die hij bezit, aan het belang van de pupil te toetsen (F. LAURENT, *a.w.*, V, p. 114, nr. 103; *Pand. b.*, XXXXXXV, tw. *Mineur d’âge, minorité*, Brussel, Larcier, 1900, 80, nr. 179). De handhaving van die (relatieve) bescherming gebeurt juist door het verlenen van de mogelijkheid om de nietigverklaring van het ongemachtigde optreden te vorderen. Kortom, het is niet de vereiste machtiging die de hoedanigheid van formele procespartij verleent. De wettelijke vertegenwoordiger blijft formele procespartij, ook zonder machtiging. Zijn optreden is dus niet ontoelaatbaar bij gebrek aan hoedanigheid.

De formele procespartij is de partij die in rechte handelt, die beschikt over het *jus agendi*, die deelneemt aan het geding (P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – een begrippenstudie*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p. 237, nr. 324). De materiële procespartij is de partij die beweert titularis te zijn van het subjectieve recht dat wordt ingeroepen, de persoon over wiens rechten en/of aanspraken het in het proces gaat, zelfs indien hij zelf niet voor de rechter staat, het subject van de rechtsverhouding (K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 183, nr. 302; P. TAELEMAN, *a.w.*, p. 232, nr. 322).

De Politierichtbank te Sint-Niklaas gaat verder en oordeelt dat noch de rechter ambtshalve noch de tegenpartij(en) zich hiermee kunnen “moeien” ... (Pol. Sint-Niklaas 14 januari 2002, *T.Vred.* 2002, 427).

Zie ook: M. VERRYCKEN, “De toepassing van de Wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 85.

De praktijk leert dat bepaalde rechters niettemin de zaak “in voortzetting” stellen ten einde het gebrek aan machtiging te (doen) regulariseren.

Is dit nodig?

In ieder geval indien een tegenpartij een dilatoire (opschortende) exceptie opwerpt.

Bij voorkeur *in limine litis* (art. 868, eerste lid Ger.W.; Rb. Luik 5 december 1985, *J.L.M.B.* 1987, 510, noot M. PETIT; Rb. Brussel 28 juni 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 562; Jeugdrb. Luik 27 juni 1990, *J.L.M.B.* 1991, 130), maar dit moet niet; A. WYLLEMAN, *a.w.*, nr. 1038, die opmerkt dat de laattijdigheid van het inroepen van de exceptie van onbekwaamheid door de wederpartij beter niet met de afwijzing van de exceptie wordt gesanctioneerd, nu zulks de belangen van de wilsonbekwame procespartij geenszins dient. Bovendien: wanneer de procedure toch nog in eerste aanleg kan worden geregulariseerd, is het nadeel van het niet *in limine litis* inroepen van de exceptie voor de wilsonbekwame zeer beperkt of onbestaande.

Zie ook: F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 392-393, nr. 11.

Anders: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, “Overzicht van rechtspraak (1981-1987): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1988, p. 611, nr. 319; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 225-226, nr. 1425.

De reden is de volgende: men kan die tegenpartij bezwaarlijk verplichten om mede een rechterlijke beslissing na te streven die de pupil niet tegenwerpbaar zou zijn.

Zie omtrent die niet-tegenwerpbaarheid: *R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, tutelle, émancipation*, *t.a.p.*, p. 330, nr. 1202 met verwijzing naar onder meer Brussel 23 juli 1845, *Pas.* 1847, II, 120.

Het valt evenwel te betwijfelen of een zonder naleving van het machtigingsvereiste door de wettelijke vertegenwoordiger gedane handeling de pupil niet tegenwerpbaar zou zijn (F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 401-402, nr. 25). Het inzake lastgeving in artikel 1998, tweede lid B.W. neergelegde beginsel naar luid waarvan de lastgever niet gehouden is tot wat de lasthebber buiten de verleende macht om zou hebben gedaan (dan voor zover er bekrachtiging was), kan hoe dan ook niet (zonder meer) naar analogie worden toegepast op de vertegenwoordiging van onbekwamen.

Een mogelijke co-contractant die vaststelt dat een vertegenwoordiger bij gebrek aan machtiging niet vertegenwoordigingsbevoegd is, kan niet worden gedwongen tot contracteren. Hij kan zijn medewerking aan de rechtshandeling uitstellen totdat zijn tegenpartij behoorlijk is gemachtigd. Die keuze heeft hij niet als hij voor de rechtbank wordt gedaagd. De gevolgen van een ongemachtigd optreden in rechte door een vertegenwoordiger kunnen voor hem nochtans verregaand zijn. Daarom kan hij bij wege van een dilatoire (opschortende) exceptie weigeren ten gronde conclusie te nemen tot de procedure is geregulariseerd.

Zie: F. LAURENT, *a.w.*, V, p. 87, nr. 76 en p. 95-96, nr. 84; *Pand. b.*, XXXXXXV, tw. *Mineur d'âge, minorité*, *t.a.p.*, 85, nr. 202; *R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, tutelle, émancipation*, *t.a.p.*, p. 330, nr. 1202; H. DE PAGE, *a.w.*, I, 1962, p. 97-100, nr. 81bis; E. VIEUJEAN, “Action intentée par ou pour un incapable”, noot onder Assisenhof Luik 23 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 163-164; C. NYS, “De machtigingsvereiste bij de vertegenwoordiging van de minderjarige als eiser in rechte”, *T.J.P.* (juni) 2002, nr. 2.

Zie ook: A. WYLLEMAN, *a.w.*, nr. 958.

Vgl. A. ALEN, *Proceshandelingen van en tegen gemeenten*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1980, p. 58-59, nr. 43.

Voorts: Cass. 16 maart 1846, *Pas.* 1847, I, (58), 68; Cass. 27 april 1899, *Pas.* 1899, I, 201; Cass. 17 juni 1926, *Pas.* 1927, I, 20; Cass. 15 februari 1934, *Pas.* 1934, I, 170.

Meer recent: Vred. Barvaux 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 345; Vred. Westerlo 19 november 2001, *T.B.B.R.* 2002, 641.

De procedure blijft in beginsel geschorst totdat de vertegenwoordiger het initiatief tot regularisatie neemt (G. CLOSSET-MARCHAL, “Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l’organisation judiciaire”, noot onder Cass. 27 mei 1994, *R.C.J.B.* 1995, p. 649, nr. 12 *in fine*).

Zoals men de tegenpartij niet kan verplichten met een onbekwame dan wel een onregelmatig vertegenwoordigde te contracteren, kan men de in rechte gedaagde partij evenmin verplichten te aanvaarden dat een onbekwame dan wel een onregelmatig vertegenwoordigde met haar een procesverhouding creëert. In dit laatste geval ontbreekt enige contractvrijheid aangezien men in rechte is gedaagd, hetgeen een voldongen feit betreft. Hoewel het een tegenpartij niet is toegestaan de onontvankelijkheid van het optreden in rechte te bepleiten, moet het haar dan ook worden toegestaan de regularisatie van de (tegen haar ingestelde) vordering (in rechte) te eisen, minstens de verzaking in voormelde zin.

Zie nadrukkelijk: E. VIEUJEAN, “Action intentée par ou pour un incapable”, *t.a.p.*, 163-164; zie ook: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 127-128, nr. 181; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 65, nr. 36bis.

Indien daarentegen de tegenpartij(en) de bedoelde exceptie niet oppoortuun acht(en) en de eiser, na gebeurlijke suggestie van de rechter, evenmin op de verzaking/regularisatie staat, moet de procedure voortgang vinden.

Zie in die optiek: A. WYLLEMAN, *a.w.*, nrs. 1032-1034, die erop wijst dat het ongenueanceerd is uit het feit dat slechts de beschermde partij uiteindelijk beslist of de naleving van de dwingende rechtsnorm moet worden afgedwongen, af te leiden dat de rechter niet ambtshalve op de toepassing van dergelijke bepaling kan aansturen (aldus ook: H. DE PAGE, *a.w.*, I, 1962, p. 99, nr. 81bis, voetnoot 5; F. DUMON, “*Quo vadimus?* Rede uitgesproken op 1 september 1980 voor het Hof van Cassatie”, *R.W.* 1980-81, 1028-1030, nr. 26; B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 146-147, nr. 168; zie ook: Cass. 21 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 808. Zie voorts: C. NYS, *t.a.p.*, nr. 2, die stelt dat de rechter wel aan de verweerder de mogelijkheid mag signaleren om een dilatoire exceptie op te werpen (waarbij het dan aan de verweerder toekomt om te oordelen of hij de exceptie al dan niet inroept), maar dat de rechter geenszins zelf ambtshalve de bedoelde onregelmatigheid kan inroepen (één uitzondering: de burgerlijke partijstelling in handen van de onderzoeksrechter, nu hierdoor ook de publieke strafvordering wordt ingesteld); P. VANLERSBERGHE, *t.a.p.*, p. 44-45, nr. 44; A. VAN OVERSTRAETE, “De machtigingsvereiste voor ouders om hun kind in rechte te vertegenwoordigen krachtens de nieuwe voogdijwet”, *T.J.P.* (mei) 2002, nr. 1.

Vgl.: E. BREWAEYS, “De ontvankelijkheid van de rechtsvordering”, in *Bestendig handboek burgerlijk procesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2000, Titel I, *De rechtsvordering*, Hoofdstuk 2, p. 8, nr. 1260, met verwijzing naar Cass. 17 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 237, zij het een geval van conventionele vertegenwoordiging.

Vgl. ook: F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 396-398, nr. 16.

Wat de gevolgen betreft wanneer het ongemachtigde optreden in rechte uiteindelijk leidt tot een definitieve rechterlijke beslissing, zie ook: F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging", *t.a.p.*, p. 401-402, nrs. 21-25.

611 Volgens een tweede strekking heeft een voogd die zonder machtiging in rechte optreedt geen vertegenwoordigingsbevoegdheid en dientengevolge geen hoedanigheid (F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging", *t.a.p.*, p. 388-389, nrs. 4-5). Het gebrek aan of in de hoedanigheid wordt bestraft met de ontoelaatbaarheid van die vordering. Men neemt aan dat het middel van ontoelaatbaarheid in dat geval dilatoir is van aard (F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging", *t.a.p.*, p. 390-391, nr. 7).

Het antwoord op de vraag naar de hoedanigheid is materieelrechtelijk van aard. De materieelrechtelijke handhaving van de vertegenwoordigingsregels in geval van wettelijke en gerechtelijke vertegenwoordiging gebeurt door middel van een relatieve nietigheid.

Het voorgaande staat er niet aan in de weg dat de tegenpartij een dilatoir middel van ontoelaatbaarheid kan opwerpen in geval van vertegenwoordigingsonbevoegdheid door een gebrek aan of in de vereiste machtiging (F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging", *t.a.p.*, p. 392, nr. 10). Evenmin staat dat er aan in de weg dat de rechter verplicht is een zodanig middel op te werpen (F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging", *t.a.p.*, p. 396-398, nr. 16).

Zie ook: Cass. 7 januari 2003, *R.A.B.G.* 2003, 529, noot E. BREWAEYS; Corr. Gent 13 december 1999, *T.G.R.* 2001, 69.

Dat men van oordeel is dat de genoemde vertegenwoordigingsregel niet de openbare orde raakt, is daarbij irrelevant.

Hoe dan ook oordeelde het Hof van Cassatie blijkbaar dat de bepalingen betreffende de machtiging van de voogd noodzakelijkerwijze de openbare orde raken. Het Hof heeft namelijk een middel van niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie met toepassing van artikel 1097 Ger.W. gegrond verklaard (Cass. 14 januari 1982, *Pas.* 1982, I, 595, met de conclusie van advocaat-generaal J. VELU). Het openbaar ministerie kan een zodanig middel enkel aanvoeren wegens schending van een regel van openbare orde. *In casu* was een voogd door de familieraad niet bijzonder gemachtigd een voorziening tot cassatie in te stellen.

De rechter moet ook de overtreding van dwingendrechtelijke regels van de bescherming waarvan geen afstand is (kunnen worden) gedaan, ambtshalve opwerpen. Op die manier wordt de bescherming van onbekwamen gewaarborgd.

Voor die bescherming is niet vereist dat de vordering vervalt. Het volstaat dat het gebrek aan of in de machtiging tijdens de aanleg wordt geregulariseerd.

De vereiste bescherming zou bij gebreke van verplichte tussenkomst van de rechter niet worden bereikt. Tegen een rechterlijke beslissing die een onbevoegde want ongemachtigde vertegenwoordiger verkreeg, staan namelijk enkel de gewone rechtsmiddelen en derdenverzet open (F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 400-402, nrs. 21-25).

612 Principieel is de machtiging nodig zowel voor het instellen van een inleidende vordering als voor het instellen van een tussenvordering (dit is, aldus art. 13 Ger.W., iedere vordering die in de loop van het rechtsgeding wordt ingesteld en ertoe strekt, hetzij de oorspronkelijke vordering te wijzigen of een nieuwe vordering tussen partijen in te stellen, hetzij personen die nog niet in het geding zijn geroepen, erin te betrekken), zo ook voor het aanwenden van rechtsmiddelen, bijvoorbeeld voor het instellen van (incidenteel) hoger beroep.

Zie bv. inzake een vordering tot uitzetting van een beschermde persoon (art. 488bis B.W.): Vred. Barvaux 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 345.

In die zin oordeelt de Vrederechter te Deinze dat, hoe wenselijk het ook lijkt voor een efficiënt procedureverloop, hij bezwaarlijk machtiging kan verlenen voor een procedure *in globo*: dit zou een ontzenuwen uitmaken van de wettekst (art. 410 § 1, *sub* 7° B.W.) zoals door de wetgever gewild en gestemd (Vred. Deinze 31 december 2001, *T.Vred.* 2002, 400; F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 43-44, nr. 88; M. VERRYCKEN, “De toepassing van de Wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 82-83). De vermelde vrederechter stelt vast “dat een rechtspleging in eerste aanleg totaal onderscheiden is van een rechtspleging in hoger beroep of van een rechtspleging in cassatie en dat degene die, ingevolge het aantekenen van hoger beroep of van cassatieberoep, als eiser in deze nieuwe instantie en dus rechtspleging wil optreden, een (nieuwe) voorafgaande machtiging dient te bekomen”. Hij besluit dat, waar de wetgever duidelijk “rechtspleging per rechtspleging” in een afzonderlijke machtiging heeft voorzien, hiertoe telkenmale een machtiging moet worden gevraagd. Op voorhand kan een en ander immers onvoldoende worden ingeschat: het is pas eens het resultaat van de eerdere rechtspleging is geweten, dat de vrederechter “in volle objectiviteit en met kennisname van de nodige elementen” kan beslissen of een eventueel volgende rechtspleging aangewezen overkomt, “dan wel ter vrijwaring van de rechten en belangen van de onbekwame dient geweigerd”.

613 Een andere opvatting is meer praktisch: de voogd behoeft geen machtiging om op te treden als verweerder, hetgeen de mogelijkheid impliceert om een tussenvordering in te stellen, ja zelfs om (bij dagvaarding) een vordering tot gedwongen tussenkomst (in vrijwaring) in te stellen, alsook om rechtsmiddelen aan te wenden.

Zie: Brussel 1 mei 1937, *Pas.* 1937, II, 115; zie ook: N. GALLUS, “La nouvelle loi sur la tutelle”, *t.a.p.*, 77, die de machtiging niet nodig acht voor het voeren van een verweer *sensu stricto* “laquelle

comprend, outre la résistance à l'action, l'introduction d'une demande reconventionnelle ou l'exercice d'un recours"; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 127-127, nr. 54; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1518, nr. 137.

Vgl.: V. TOLLENAERE, "Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter met betrekking tot onroerende goederen", *t.a.p.*, p. 87, nr. 5, die stelt dat in elk geval machtiging vereist is indien de pupil niet als oorspronkelijke eiser fungeert en dus eerder geen machtiging door de wettelijke vertegenwoordiger is bekomen.

Enkel wanneer het prille initiatief van de gerechtelijke procedure van de voogd uitgaat, moet hij vooraf naar de vrederechter.

In diezelfde optiek oordeelt de Vrederechter te Sint-Kwintens-Lennik dat voor de hervatting van het geding geen bijzondere machtiging nodig is (Sint-Kwintens-Lennik 15 april 2004, *R.W.* 2004-05, 192; F. SWENNEN, "Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij" en "Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter", *t.a.p.*, 43).

Vandaar ook de door de wetgever van 13 februari 2003 bepaalde nuance: wanneer de (straf)zaak voor de feitenrechter is vastgesteld op initiatief van het openbaar ministerie of ingevolge een beschikking van verwijzing, geldt het machtigingsvereiste niet. In deze gevallen brengt het gerechtelijke optreden voor de pupil geen specifieke kosten met zich. Bovendien is elke tegen hem gerichte (tussen)vordering tot schadevergoeding uitgesloten, zelfs voor een tergend en roekeloos geding (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-1058/2, p. 5-6).

Om zich (rechtstreeks) burgerlijke partij te stellen voor de onderzoeksrechter blijft wel een machtiging vereist: dit komt immers neer op het initiëren van een geding (Corr. Gent 13 december 1999, *T.G.R.* 2001, 69; E. BREWAEYS, "De machtiging om in rechte op te treden", noot onder Cass. 7 januari 2003, *R.A.B.G.* 2003, p. 531, nr. 4; T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 701; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 173, nr. 367). De machtiging blijft evenzeer vereist voor de burgerlijke partijstelling in de loop van het gerechtelijk onderzoek, hetzij voor de onderzoeksrechter hetzij voor de onderzoeksgerechten.

Zie voor de verschillende wijzen om zich burgerlijke partij te stellen: R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijke onderzoek – Het slachtoffer in het strafproces*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 34 e.v., nrs. 24 e.v.

In deze gevallen kan de burgerlijke partijstelling immers kosten en zelfs schadevergoeding meebrengen (W. PINTENS, "De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003", *t.a.p.*, p. 133, nr. 21).

Hetzelfde geldt voor het aanhangig maken van de strafvordering bij rechtstreekse dagvaarding door de benadeelde (art. 145 en 182 Sv.; E. BREWAEYS, "De machtiging om in rechte op te treden", *t.a.p.*, p. 532, nr. 4).

614 In beginsel is wel machtiging nodig voor zover het aanwenden van het (buitengewone) rechtsmiddel neerkomt op het instellen van een nieuw geding, zoals bijvoorbeeld een voorziening tot cassatie (Cass. 14 januari 1982, *R.W.*

1982-83, 627; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, *t.a.p.*, p. 613, nr. 324; E. BREWAEYS, “De machtiging om in rechte op te treden”, *t.a.p.*, p. 532, nr. 5; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1976-1982): Personnes”, *R.C.J.B.* 1985, p. 531-532, nr. 35). Aldus stelt een voogd in een zaak waarbij de appèlbeslissing voor zijn pupil negatief was uitgevallen (hoewel de zaak is geïnitieerd vóór de pupil gerechtelijk onbekwaam was verklaard, heeft de voogd in eerste aanleg het geding hervat en is hij aldus verder opgetreden) “dat er aanleiding toe bestaat tegen het bedoelde arrest een voorziening tot cassatie in te stellen, indien het daarover gevraagde advies van een advocaat bij het Hof van Cassatie gunstig is” en “dat, nu het instellen van een voorziening tot cassatie gelijkstaat met het instellen als eiser van een nieuwe vordering, de verzoekster daartoe moet worden gemachtigd door de vrederechter overeenkomstig artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W.”. De Vrederechter te Dendermonde willigt (mede gelet op het gunstige advies van een advocaat bij het Hof van Cassatie) het verzoek in en machtigt de voogd om een voorziening tot cassatie in te stellen (Vred. Dendermonde 10 september 2001, *T.Vred.* 2002, 394; E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants”, *t.a.p.*, p. 13, nr. 13). In een latere beschikking machtigt dezelfde vrederechter aanvullend om (in diezelfde zaak) eveneens een voorziening tot cassatie in te stellen tegen een eerder gewezen arrest (van verwijzing na onbevoegdverklaring) (Vred. Dendermonde 17 september 2001, inzake met A.R. nr. 01.B82, *onuitg.*).

615 Vanuit proceseconomisch oogpunt doet de vrederechter er best aan *ab initio* machtiging te verlenen voor een procedure *in globo*: hij preciseert de machtiging in die zin dat het de verzoekende partij is toegestaan een procedure te initiëren, alle in dit raam verder benodigde proceshandelingen te stellen en, zo nodig, rechtsmiddelen aan te wenden, desnoods een voorziening tot cassatie (mits gunstig advies wordt verleend door advocaat bij het Hof van Cassatie) (aldus: Vred. Roeselare 15 november 2001, *R.W.* 2001-02, 1184). In die zin hervormt de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent de zoëven besproken beschikking van de Vrederechter te Deinze (Rb. Gent 22 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 402). De appèlrechters zijn van oordeel dat, ingevolge de wettekst van artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W., niet moet worden beoordeeld hoe en in welke mate de voogd namens de pupil dient te procederen: uit geen enkel stuk blijkt dat de machtiging voor de vertegenwoordiging van een pupil als eiser verschillend zou zijn al naargelang de rechtspleging in eerste aanleg, in hoger beroep of in cassatie. Zij machtigen dan ook voor een procedure *in globo*.

Bij gebrek aan die mogelijkheid zou men zich trouwens kunnen afvragen hoe een burgerlijke partij nog binnen de vereiste vijftien dagen rechtsmiddelen kan aanwenden tegen een vonnis in strafzaken, de mogelijkheid om het gebrek aan machtiging *a posteriori* te regulariseren nog even buiten beschouwing gelaten.

Zie ook: F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 43-44, nr. 88.

Hoe dan ook moet de vrederechter voldoende precisie bieden omtrent de (proces)handelingen waarvoor hij machtiging verleent (aldus: Vred. Deinze 31 december 2001, *T.Vred.* 2002, 400). Gebeurlijk machtigt hij de voogd meteen, zoals gezegd, voor het bewerkstelligen van een algehele procedure met inbegrip van, in voorkomend geval, het aanwenden van (buitengewone) rechtsmiddelen. Maar zo hij dit aangewezen acht, kan hij de machtiging tot een bepaalde proceshandeling (in eerste aanleg) beperken.

Hierbij zij wel opgemerkt dat de vrederechter, wanneer hij machtiging verleent voor het voeren van een procedure *in globo*, hierbij bezwaarlijk *ab initio* de (weliswaar afzonderlijke) machtiging kan insluiten om dadingen te sluiten en om minnelijke regelingen te aanvaarden (art. 410 § 1, *sub* 11° B.W.).

Zie nochtans: Rb. Gent 22 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 402.

Dit laatste onderstelt immers dat de vrederechter kennis heeft van het voorwerp van de bedoelde dadings dan wel regeling.

Hetzelfde geldt voor de (uitdrukkelijke) berusting die trouwens geen bijzondere machtiging meer onderstelt (vgl.: oud art. 410 § 1, *sub* 10° B.W.).

616 Hoe moet de vrederechter zich opstellen?

Ter illustratie kan worden verwezen naar een beschikking van 21 februari 2002 van de Vrederechter te Aarschot (Vred. Aarschot 21 februari 2002, *R.W.* 2002-03, 714).

De ouders van een minderjarige dochter verzoeken de vrederechter om hen toe te laten een procedure in kort geding te voeren teneinde haar school te horen verplichten de pupil terug les te laten volgen in deze school (oud art. 378, eerste lid *juncto* art. 410 § 1, *sub* 7° B.W.). Naar aanleiding van bepaalde feiten heeft de schooldirectie de betrokkene bij wijze van tuchtmaatregel definitief van school gestuurd, hetgeen is bevestigd door de “interne beroepscommissie”.

Na de betrokken minderjarige en haar ouders te hebben gehoord, oordeelt de vrederechter als volgt: “Wanneer de wetgever oordeelde dat een minderjarige slechts een gerechtelijke procedure mag inleiden mits machtiging van de vrederechter, heeft hij aan de vrederechter opgedragen na te gaan of het voeren van een gerechtelijke procedure in het belang is van de minderjarige. Het behoeft weinig uitleg dat het belang een ruimere inhoud heeft dan uitsluitend een financieel belang. De inschatting van het belang van een minderjarige kan een delicate evenwichtsoefening worden. Men kan zich inderdaad afvragen of het in het belang is van de minderjarige dat zij het recht tracht af te dwingen om terug opgenomen te worden in een school wanneer deze school duidelijk heeft te kennen gegeven dat zij niet meer welkom is. Hierbij kan worden opgemerkt dat de voorzitter in kort geding het probleem vanuit een andere invalshoek dient te benaderen dan de vrederechter. De voorzitter dient zijn beslissing te nemen zonder dat hij zich moet oriënteren of dit wel in het belang

van de pupil is. Anderzijds mag de vrederechter zich niet dominant opstellen bij het kiezen van een opvoedingspatroon. Het zijn niet de normen van een rechter die als basis mogen gelden om het belang van een minderjarige af te wegen. De vrederechter dient niet te interveniëren in de opvoedingsopties van de ouders wanneer niet blijkt dat deze het belang van de minderjarige schaden. De vrederechter dient zich hier terughoudend op te stellen en mag het belang bij het voeren van een procedure slechts marginaal toetsen. Enkel indien het evident en onmiddellijk duidelijk is dat de vordering het belang van de minderjarige niet dient, kan de vrederechter de machtiging voor het voeren van een procedure weigeren (zie in diezelfde zin: G. CLOSSET-MARCHAL, "Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé", *t.a.p.*, 2-3; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 164, nr. 42; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 128, nr. 55). Deze voorwaarde is (*in casu*) niet vervuld. Het kan in het belang zijn van de minderjarige dat zij geïntegreerd wordt in haar vroegere school en het is mogelijk dat de leerkrachten en de directie zich inspanssen om hun eventueel vooroordeel tegen de pupil te bestrijden. Hierbij kan ook worden overwogen dat wanneer de vrederechter op dit vlak een strikt beleid zou voeren, hij de toegang van een minderjarige tot de rechtbanken kan ontzeggen, wat nochtans een fundamenteel recht is".

Aldus besluit de vermelde vrederechter om de gevraagde machtiging te verlenen.

Geldt de te dezen vooropgestelde terughoudendheid *mutatis mutandis* inzake de voogdij?

VERRYCKEN bestrijdt de bedoelde marginale toetsing. Volgens haar zou toch moeten worden aangenomen dat het toetsingsrecht van de vrederechter ruimer is. Artikel 420 B.W. verplicht inderdaad de voogd om jaarlijks een verslag op te maken over de opvoeding en de opvang van de minderjarige, alsook over de maatregelen die hij heeft genomen voor de ontplooiing van de persoon van de minderjarige. Dit verplicht verslag heeft maar zin, als daardoor de vrederechter ook controle kan uitoefenen over de vrijwaring van de belangen van de minderjarige en dus op de opvoeding (M. VERRYCKEN, "De toepassing van de Wetten van 27 maart en 29 april 2001", *t.a.p.*, 84).

617 Vervolgens kan de voogd zelf, zij het onder zijn verantwoordelijkheid, een advocaat aanduiden ter (verdere) vertegenwoordiging van de pupil.

Zie ook: Vred. Roeselare 5 september 1995, *T.Vred.* 1999, 121.

618 Daden van (betekening en) tenuitvoerlegging zonder enige (verdere) rechterlijke tussenkomst (bv. uitvoerend roerend beslag) vallen niet onder het bedoelde machtigingsvereiste.

Hierbij zij wel opgemerkt dat het Hof van Cassatie reeds herhaaldelijk heeft gesteld dat wanneer in burgerlijke zaken een voor de feitenrechter door haar voogd vertegenwoordigde partij inmiddels meerderjarig is geworden ten tijde

van de indiening van de voorziening tot cassatie, deze voorziening aan de aldus meerderjarig geworden pupil zelf moet worden betekend en niet aan de voogd die niet langer als vertegenwoordiger fungeert (Cass. 6 december 1912, *Pas.* 1913, I, 26; Cass. 6 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1059; Cass. 14 oktober 1965, *R.W.* 1966-67, 879; G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 505, nr. 153).

Dit geldt *mutatis mutandis* voor het gebruik van andere rechtsmiddelen, zo ook voor (andere) daden van betekening en tenuitvoerlegging.

619 In zijn oorspronkelijke versie bepaalde artikel 410 § 1, *sub* 7° en 9° B.W. dat de bijzondere machtiging (van de vrederechter) enkel vereist was om een verdeling te vorderen (*sub* 7°) en om een vordering van staat of een vordering met betrekking tot de kapitalen van de pupil in te stellen (*sub* 9°) (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 51). Alsdan zou de voogd bijvoorbeeld geen machtiging moeten vragen voor het instellen van een vordering inzake de inkomsten (bv. huurgelden), dan wel inzake een aan de pupil toekomende sociale uitkering (E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 40, nr. 45).

"Omwille van de volledigheid" achtte de wetgever het beter aan de voogd een bijzondere machtiging op te leggen telkens hij de pupil als eiser in rechte vertegenwoordigt, met uitzondering van een aantal procedures die *nominatim* worden opgesomd in artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W. (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 47). Op die manier wordt het voormelde parallellisme bereikt met het voorlopig bewind, alwaar eenzelfde bepaling geldt (M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1517, nr. 137).

Sinds de Reparatiwet van 13 februari 2003 is inzake de voogdij echter geen machtiging meer vereist voor de burgerlijke partijstelling, na vaststelling op initiatief van het openbaar ministerie of na een verwijzing door een onderzoeksgerecht.

620 Waar de voogd nu (in beginsel) voor elk optreden in rechte als eiser een voorafgaande machtiging van de vrederechter moet vragen, geldt dit ook om een (gerechtelijke) verdeling te vorderen (in de zin van het oude art. 465 B.W., volgens welk de voogd dienaangaande de machtiging van de familieraad nodig had, maar wel zonder die machtiging kon antwoorden op een tegen zijn pupil ingestelde "eis tot verdeling") en om een vordering van staat of een vordering met betrekking tot de kapitalen van de pupil in te stellen (E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 43, nr. 50). Te dezen bepaalt (ook) artikel 817, eerste lid B.W. dat de voogd de vordering tot verdeling, wat de minderjarige mede-erfgenaam betreft, kan instellen na daartoe te zijn gemachtigd door de vrederechter van de plaats waar de voogdij is opengevallen. Een overeenkomstig de voorgeschreven regels gedane verdeling heeft een definitief karakter. Zij is slechts provisioneel indien de voorgeschreven regels niet zijn nageleefd (art. 840 B.W.).

621 Anders dan inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub a* B.W.; E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 7, nr. 16), blijft het optreden in rechte van de voogd niet noodzakelijkerwijze beperkt tot procedures betreffende de goederen van de pupil, maar kan het ook betrekking hebben op procedures betreffende de persoon van de pupil (art. 405 § 1, eerste lid B.W.).

622 De Vrederechter te Aarschot die uitspraak moet doen over een verzoek tot machtiging (om op te treden in rechte als eiser), houdt de uitspraak over de kosten (met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding) aan voor uitspraak erover door de rechter bij wie de grond van de zaak wordt behandeld (Vred. Aarschot 21 februari 2002, *R.W.* 2002-03, 714). Verscheidene vrederechters schijnen van oordeel te zijn dat de rechter ten gronde deze kosten kan ten laste leggen van de in het ongelijk gestelde partij (art. 1017, eerste lid Ger.W.).

Eigenlijk kan dit niet: de bedoelde kosten zijn ten laste van het te beheren vermogen. Het patrimonium van de pupil moet de gerechtskosten dragen. Nu het beheer van dit patrimonium gebeurt door zijn wettelijke vertegenwoordiger, moeten de gerechtskosten te zijnen laste worden gelegd *qualitate qua* (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de Wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 84). Niets sluit evenwel uit om in het raam van het geschil ten gronde een aparte schadepost te formuleren (bij toepassing van de art.1382-1383 B.W.).

C. UITZONDERINGEN

623 Als eiser kan de voogd, zonder machtiging, optreden in de “rechtsplegingen en handelingen” bedoeld in de artikelen 1150, 1180, *sub 1°* en 1206 Ger.W. Sinds de Wet van 13 februari 2003 is de vrederechterlijke machtiging evenmin vereist in geval van burgerlijke partijstelling voor de feitenrechter voor wie de zaak werd vastgesteld op verzoek van het openbaar ministerie of ingevolge een beschikking van verwijzing.

Volgens CLOSSET-MARCHAL zijn deze uitzonderingen strikt te interpreteren (G. CLOSSET-MARCHAL, “Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé”, *t.a.p.*, 2).

1. Artikel 1150, tweede lid Ger.W.

624 Overeenkomstig artikel 1150, tweede lid Ger.W. dient de voogd een verzoekschrift in tot verzegeling van (inzonderheid) de van een nalatenschap afhankende of tot een onverdeeldheid behorende voorwerpen. Voor deze bewarende maatregel dient de voogd geen machtiging te vragen aan de vrederechter. Krachtens artikel 1150, vijfde lid Ger.W. kan de minderjarige (pupil) overigens, in geval van hoogdringendheid, het verzoekschrift zelf indienen.

Krachtens artikel 819, tweede lid B.W. moet, wanneer er zich onder de erfgenamen minderjarigen of onbekwaamverklaarden bevinden, de verzegeling “binnen de kortst mogelijke tijd” plaatshebben, hetzij op verzoek van de erfgenamen, hetzij op vordering van de procureur des Konings, hetzij ambtshalve door de vrederechter binnen wiens kanton de erfenis is opgevallend, onverminderd evenwel het bepaalde in artikel 1154 Ger.W. dat de vrederechter toelaat van de verzegeling af te zien wanneer de waarde van het tot de nalatenschap behorende “naar zijn schatting” niet meer bedraagt dan 1.239,47 EUR.

2. Artikel 1180, sub 1° Ger.W.

625 Artikel 1180 Ger.W. betreft de aanwezigheid bij het opmaken van de boedelbeschrijving in de zin van artikel 1175 Ger.W. Hoewel deze aanwezigheid geenszins gelijkstaat met een optreden (in rechte) als eiser, vermeldt de wetgever (ten overvloede) deze uitzondering op het te dezen geldende principiële machtigingsvereiste.

3. Artikel 1206 Ger.W.

626 Artikel 1206 Ger.W. betreft de minnelijke verdeling (van onverdeelde onroerende en/of roerende goederen, ongeacht hun oorsprong) waarbij een “minderjarige” is betrokken.

Artikel 1206 Ger.W. blijft onaangeroerd door de wetgever inzake de nieuwe voogdijregeling.

Zie terzake: F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het openvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 88-117, nrs. 1-15.

Krachtens de artikelen 838 B.W. en 1225 Ger.W. geldt een en ander ook voor de onbekwaamverklaarde en de onder voorlopig bewind gestelde persoon (E. VIEUJEAN, “Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens”, *t.a.p.*, p. 126, nr. 46).

Zie wel: F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het openvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 90, nr. 2, voetnoot 12.

Artikel 1206 Ger.W. bevat de voorschriften in acht te nemen zo de beëindiging van de onverdeeldeheid wordt beoogd door een minnelijke verdeling, dit is de beëindiging van de onverdeeldeheid door bij gezamenlijk akkoord aan iedere deelgenoot zijn aandeel in de massa toe te kennen, hetzij door toebedeling van goederen uit die massa hetzij door toekenning van opleggelden (F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het openvallen van een nalatenschap

– Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 91, nr. 3).

In dit opzicht vervangen de voorschriften van artikel 1206 Ger.W. deze van het oude en thans opgeheven artikel 466 B.W. (*R.P.D.B.*, VIII, tw. *Minorité, tutelle, émancipation*, *t.a.p.*, p. 327, nr. 1160).

Zie ook: P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 124, nr. 79.

Dergelijke verdeling geschiedt door een notaris, onder voorzitterschap en met goedkeuring van de (hiertoe in beginsel vormeloos aangezochte) vrederechter van het kanton van de standplaats van de instrumenterende notaris (art. 1206, eerste lid Ger.W.), waarbij alle (bekwame) mede-eigenaars tegenwoordig zijn, zo ook de wettelijke vertegenwoordigers van de onbekwamen, aldus de voogd en de toezierende voogd (art. 1206, tweede en derde lid Ger.W.). De bevoegde vrederechter is dus niet noodzakelijk deze van het voogdijforum, hetgeen te betreuren valt (Vred. Antwerpen 26 januari 1995, *T. Not.* 1995, 377, noot F. BLONTRUCK; Y.-H. LELEU en E. VIEUJEAN, “Personnes et Régimes matrimoniaux”, in *Chronique de droit à l’usage du notariat*, XXV, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 1997, 291). De partijen kiezen vrij hun notaris en de verdeling geschiedt onder het voorzitterschap en met goedkeuring van de vrederechter van het kanton van de standplaats van de notaris (Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 345, nr. 779). Op deze wijze bepaalt de keuze van de notaris tevens de bevoegde vrederechter (W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 6).

Anders: Vred. Sint-Gillis 28 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 210, noot.

De vrederechter waakt (mede) over de bescherming van de belangen van de onbekwamen (art. 1206, zesde lid Ger.W.). Hoewel de aanwezigheid van de (toezierende) voogd evenmin gelijkstaat met een optreden (in rechte) als eiser, vermeldt de wetgever (eens te meer ten overvloede) deze uitzondering op het te dezen geldende principiële machtigingsvereiste. Nu de vrederechter toch de (finale) goedkeuring dient te geven, zou het hoe dan ook absurd zijn te eisen dat de voogd zich voorafgaandelijk door de vrederechter moet laten machtigen om toe te stemmen in dergelijke minnelijke verdeling.

Dit geldt *mutatis mutandis* voor de minnelijke omzetting van het erfrechtelijke vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot waarbij minderjarigen betrokken zijn (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *t.a.p.*, p. 399, nr. 93; W. PINTENS, B. VANDER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *a.w.*, p. 615, nrs. 1298-1299). Artikel 745*sexies* § 1, tweede lid B.W. verwijst naar artikel 1206 Ger.W.

627 In de praktijk wordt al eens langs de weg van de minnelijke verdeling, een gebeurlijke toepassing van de reeds besproken artikelen 1186-1187, 1189 en 1192-1193 Ger.W. omzeild (F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind ge-

plaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het openvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 114-115, nr. 12; H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 70).

Nochtans zijn frauduleuze bedoelingen niet steeds aan de orde.

Wanneer in een nalatenschap, behoudens onroerende goederen, ook roerende goederen (en waarden) aanwezig zijn, kan een verdeling worden overeengekomen waarbij het onroerend goed wordt toegewezen aan een meerderjarige deelgenoot, terwijl een overeenkomstig (geldelijk) bedrag (aan waardepapieren) aan de pupil toekomt (F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het openvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 91-93, nr. 3), gebeurlijk met opleggelden en uiteraard voor zover de pupil hierbij niet wordt benadeeld.

Zie: J. DE VROE, “Minnelijke verdeling met minderjarigen – Aanbedeling van een onroerend goed aan een meerderjarige en van een som aan een minderjarige”, *T. Not.* 1972, 177-182; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, *t.a.p.*, p. 111-112, nr. 28; M. THUYSBAERT, *t.a.p.*, 776; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes”, *t.a.p.*, p. 519, nr. 20.

Zie bv. ook inzake het declaratieve karakter van de verdeling, enkel verbonden aan een akte die de wet gelijkstelt met een verdeling: Ch. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van de onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans, I, Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1997, p. 277, nr. 5; G. VANDENBERGHE, “Onderscheid tussen overeenkomsten gelijkgesteld met verdeling en verkoop”, *Not. Fisc. M.* 1992, p. 219, nr. 16.

Soms onderschrijft de meerderjarige deelgenoot (zelfs) een belofte om, wanneer hij het hem toegewezen (onroerend) goed te gelde maakt, dat deel van de opbrengst die het reeds aan de pupil toegekende bedrag overstijgt, (onmiddellijk) aan deze laatste over te maken (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 70).

De voorschriften van artikel 1206 Ger.W. gelden evengoed wanneer enkel roerende goederen voorhanden zijn.

Zie bv.: J.-L. RENS, noot onder Rb. Oudenaarde 14 oktober 1975, *T. Not.* 1976, 10; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1970-1975): Personnes”, *t.a.p.*, p. 520, nr. 20.

628 Zoals aangestipt, waarborgt de tussenkomst van de vrederechter (die de verdeling voorziet in de zin van art. 1206, eerste lid Ger.W.) een optimale belangenbehartiging ten behoeve van de pupil (art. 1206, zesde lid Ger.W.), ongeacht of de verdeling wordt aangevraagd door de bekwame mede-eigenaars dan wel namens de pupil (F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn in-

gevolge het openvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 111-112, nrs. 9-10; Vred. Antwerpen 26 januari 1995, *T. Not.* 1995, 377, noot F. BLONTRÖCK).

Een bijzondere machtiging in de zin van artikel 410 § 1 B.W. is in beginsel niet vereist, tenzij de verdeling gepaard gaat met een dading (art. 410 § 1, *sub* 11° B.W.; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJES, *Dading*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 127-128, nr. 254).

Zo ook onder het oude recht: J. DE VROE, *t.a.p.*, 180, a; F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het openvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, *t.a.p.*, p. 96-97, nr. 4.

Zie ook inzake het voorlopig bewind: Vred. Antwerpen 26 januari 1995, *T. Not.* 1995, 377, noot F. BLONTRÖCK; H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, *t.a.p.*, p. 129, nr. 27; Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, *t.a.p.*, p. 628, nr. 112; Y.-H. LELEU en E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, 291; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 249-250, nr. 320; W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 175, nr. 30.

Voor het initiëren van een gerechtelijke verdeling is uiteraard wel een vrede-rechterlijke machtiging vereist (art. 817 en 840 B.W.)

Zie ook: E. VIEUJEAN, “Questions relatives à l’administration provisoire des biens appartenant à un majeur”, *t.a.p.*, p. 21-22, nr. 20.

4. Artikel 1187, tweede lid Ger.W.

629 Anders dan inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* a B.W.; E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 8, nr. 20), maakt artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W. (ten titel van uitzondering) geen melding van artikel 1187, tweede lid Ger.W. Zoals reeds vermeld, gebiedt deze bepaling dat de wettelijke vertegenwoordigers van een onbekwame mede-eigenaar (deelgerechtigde) door de vrederechter worden gehoord (waartoe zij ten minste vijf dagen vóór de zittingsdag bij gerechtsbrief worden opgeroepen) wanneer de bekwame mede-eigenaars (deelgerechtigden) de vrederechter machtiging vragen om tot verkoop van een onverdeeld onroerend goed over te gaan.

De wetgever liet de bedoelde verwijzing achterwege nu “een procedure op grond van artikel 1187 Ger.W. immers alleen kan worden ingesteld door handelingsbekwame meerderjarigen en dus per definitie niet door een minderjarige” (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 48). Eens te meer staat de bedoelde aanwezigheid van de (toeziende) voogd geenszins gelijk met een optreden (in rechte) als eiser, zodat de verwijzing (ook inzake het voorlopig bewind, art. 488*bis*, f § 3, tweede lid *sub* a B.W.) hoe dan ook overbodig is.

Vgl.: Vred. Sint-Truiden 17 december 1998, *T. Not.* 2001, 85.

In diezelfde optiek had de wetgever beter ook de verwijzing naar de artikelen 1180, *sub* 1° en 1206 Ger.W. achterwege gelaten (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 40, nr. 45).

5. Burgerlijke partijstelling

630 Vooral om praktische redenen, brengt de wetgever van 13 februari 2003 een bijkomende uitzondering aan. Sinds de Reparatiwewet van 13 februari 2003 is de vrederechterlijke machtiging niet meer vereist in geval van burgerlijke partijstelling voor de feitenrechter voor wie de zaak werd vastgesteld op verzoek van het openbaar ministerie of ingevolge een beschikking van verwijzing.

Men zou er van uitgaan dat de burgerlijke partijstelling de pupil steeds tot voordeel strekt. Een vrederechterlijke machtiging lijkt niet opportuun. De Vrederechter te Herstal wijst op een ervaring die het tegendeel aantoont: een moeder vraagt om zich te mogen burgerlijke partij stellen namens haar minderjarige dochter tegen de vader omwille van de beweerde “slagen en verwondingen” die deze laatste zijn dochter zou hebben toegebracht. Onderzoek van het bedoelde strafdossier leert evenwel dat de dochter er om tal van redenen niet in het minst op staat tegen haar vader te procederen. Het is niet omdat de moeder en de vader in onmin leven, dat een eenmalig feit met de dochter hierbij *per se* ter sprake moet komen.

Zie: C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 170-171: “Je suis donc éminemment convaincue que dans tous les cas, un dossier doit m’être soumis me permettant, non de faire un procès avant le procès, mais d’apprécier l’intérêt de l’enfant qui en aucun cas ne peut être considéré comme allant de soi”.

Hoewel een burgerlijke partijstelling de pupil steeds vermogensrechtelijk tot voordeel moet strekken, kunnen persoonlijke redenen voorliggen om die stap niet te zetten. Voor zover de vrederechterlijke machtiging niet meer nodig is, verdwijnt een rechterlijke appreciatie dienaangaande.

Opmerkelijk is dat de wetgever van 2003 inzake het voorlopig bewind in artikel 488*bis*, f § 3, tweede lid, *sub* a B.W., behoudens het geval van de burgerlijke partijstelling (zonder nuance zoals inzake de voogdij), navolgende uitzonderingen toevoegt: de vertegenwoordiging in rechte als eiser bij rechtsplegingen en handelingen “met betrekking tot huurcontracten, tot bewoning zonder akte of bewijs en tot sociale wetgeving ten gunste van de beschermde persoon” (Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488*bis* du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 180; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, *t.a.p.*, p. 26-27, nrs. 64-65; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 195-196, nr. 411).

De vertegenwoordiging in rechte als eiser bij rechtsplegingen en handelingen met betrekking tot huurcontracten of tot bewoning zonder akte of bewijs onderstelde vroeger wel een voorafgaande machtiging.

Zie bv. inzake een bezetting ter bede: Vred. Barvaux 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 345.

Men heeft die thans afgeschaft omdat dergelijke procedures hoe dan ook voor de vrederechter verlopen: een dubbele procedure zou worden vermeden ... Men verliest daarbij uit het oog dat de

bewindsrechter niet noodzakelijk de territoriaal bevoegde rechter is inzake huurgeschillen en dat deze laatste rechter, ook al is hij bewindsrechter, in het raam van die procedure het belang van de beschermde persoon erin niet mag beoordelen. Met de vrijstelling om als voorlopige bewindvoerder op te treden als eiser “met betrekking tot sociale wetgeving ten gunste van de beschermde persoon” wordt bedoeld dat de voorlopige bewindvoerder voortaan ook voor de rechter de juiste toepassing moet vorderen in het belang van zijn pupil. Bovendien zouden deze rechtsplegingen een bewarend karakter hebben ... In diezelfde optiek werd ook vroeger al aanvaard dat deze vorderingen geen machtiging onderstelden, zij het met een twijfelachtige motivering (Vred. Roelare 16 december 1997, *R.W.* 1998-99, 55).

De vermelde vrijstellingen inzake het voorlopig bewind gelden niet inzake de voorgedij.

§ 13. Berusting in een vordering of in een rechterlijke beslissing

631 Berusten in een beslissing is afstand doen van rechtsmiddelen (behalve van incidenteel hoger beroep; art. 1054, eerste lid Ger.W.) die een partij tegen alle of sommige punten van die beslissing kan aanwenden of reeds heeft aangewend (art. 1044, eerste lid Ger.W.).

Zie voor een toepassing inzake de voorgedij: Bergen 1 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 461.

Het betreft een persoonlijke, eenzijdige en onherroepelijke rechtshandeling, houdende de afstand van de rechtsmiddelen *in se* (K. BROECKX, *a.w.*, p. 324, nrs. 722-723; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1987, p. 473-474, nrs. 698-701).

Anders dan de afstand van het geding (in hoger beroep) die zodra de gedaagde partij (in hoger beroep) ten gronde heeft geconcludeerd (door de geïntimeerde) moet worden aanvaard, moet de berusting niet worden aanvaard.

Ook de “voorwaardelijke berusting” heeft alleen dan gevolg, indien zij door de tegenpartij is aanvaard (art. 1044, tweede lid Ger.W.).

Het gaat met andere woorden om een daad van beschikking, waarbij men het bedoelde rechtsmiddel zelf prijsgeeft. Deze afstand (van verdere rechtsvordering; P. VAN ORSHOVEN, *Kort begrip van het gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, K.U.Leuven, 2001, 121-122) doet het recht teniet om verder (anders) te handelen met betrekking tot de aanspraak die voor de eerdere rechter is gebracht (art. 821, tweede lid Ger.W.; K. BROECKX, *a.w.*, p. 329-330, nrs. 732-734).

Krachtens artikel 1045, eerste lid Ger.W. kan een dergelijke berusting uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn, waarna het derde lid preciseert dat “de stilzwijgende berusting alleen kan worden afgeleid uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende akten of feiten waaruit blijkt dat de partij het vaste voornemen heeft haar instemming te betuigen met de beslissing”. De bepaalde en met elkaar overeenstemmende handelingen of feiten mogen voor geen andere interpretatie vatbaar zijn.

Zie inzonderheid: Cass. 4 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 835, in verband met de spontane uitvoering “onder voorbehoud” van een veroordeling; Cass. 24 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1341, in verband met het verzoek tot uitbreiding van een deskundigenopdracht; Cass. 22 oktober 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 279, in verband met de spontane uitvoering van een veroordeling; Cass.

7 januari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 587, in verband met het zich naar de wijsheid gedragen; *Cass.* 24 november 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 359, in verband met de spontane uitvoering van een veroordeling, een brief van een niet bijzonder gevolmachtigde advocaat; *Cass.* 1 december 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 385, in verband met een brief van een niet bijzonder gevolmachtigde advocaat; *Cass.* 26 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 975, in verband met de spontane uitvoering van een veroordeling; *Cass.* 13 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 805, in verband met de betaling in uitvoering van een bij voorraad uitvoerbare beslissing; *Cass.* 10 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 287, in verband met de doorhaling van de zaak van de rol; *Cass.* 19 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1254; *Cass.* 26 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 284, in verband met de betekening van een vonnis zonder voorbehoud; *Cass.* 27 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 285, in verband met een nieuwe dagvaarding in eerste aanleg; *Cass.* 18 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 544, in verband met de betaling door de veroordeelde partij op verzoek van de tegenpartij, na een brief van de advocaat van de veroordeelde partij waarvoor geen bijzondere volmacht blijkt; *Cass.* 10 juni 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 997, in verband met het zonder voorbehoud meewerken aan de uitvoering van een deskundigenonderzoek, het verzoek tot aanstelling van een college van deskundigen; *Cass.* 27 juni 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 938, in verband met de enkele omstandigheid dat de veroordeelde partij de beslissing gedeeltelijk heeft uitgevoerd; *Cass.* 16 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 433, in verband met de betaling van de gerechtskosten, brieven van de advocaat waarvoor geen bijzondere volmacht blijkt.

Zie ook: K. BROECKX, *a.w.*, p. 325-326, nrs. 725-726.

Zij moeten blijk geven van het vaste en ondubbelzinnige voornemen instemming te betuigen met de tussengekomen beslissing (*Cass.* 15 april 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 993; *Cass.* 23 april 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1024; *Cass.* 24 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1341; *Cass.* 26 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 620; *Cass.* 19 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1254; *Cass.* 26 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 284; *Cass.* 2 juni 1994, *Arr. Cass.* 1994, 569). Zo staat het louter laten verstrijken van de termijn om rechtsmiddelen aan te wenden, niet gelijk met een stilzwijgende berusting: de oorzaak van de passiviteit is ten andere niet gekend (*Luik* 15 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 664).

632 Het terrein van de berusting is voor de voogd geenszins verboden. Zo overweegt het Hof van Beroep te Bergen dat “empêcher le tuteur d’opérer pareille renonciation reviendrait non seulement à méconnaître la portée réelle de la notion d’acquiescement mais en outre aboutirait paradoxalement à assimiler l’acquiescement à un acte interdit au tuteur (qu’il s’agisse seul avec l’autorisation nécessaire) alors que la loi autorise sous certaines conditions l’acquiescement en matière d’actions immobilières, domaine où les droits de l’incapable sont plus sévèrement protégés” (Bergen 1 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 461).

633 Vóór de inwerkingtreding van de Reparatiwet van 13 februari 2003 was, krachtens artikel 410 § 1, *sub* 10° B.W. (in de lijn van art. 410 § 1, *sub* 7° B.W.), voor de voogd de vrederechterlijke machtiging vereist om te berusten in een (op initiatief van een derde partij) tussengekomen rechterlijke beslissing en, *a fortiori*, in een (tegen de pupil gestelde) vordering.

Anders dan overeenkomstig het oude artikel 464 B.W. en inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis*, f § 3, tweede lid *sub* d B.W.; E. DE GROOTE, “Art. 488*bis*, f § 3 B.W.”, *t.a.p.*, p. 18, nr. 60; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 197, nr. 415), werd inzake de voogdij geen on-

derscheid gemaakt al naar gelang de bedoelde vordering en beslissing al dan niet (on)roerende rechten betreffen (F. DEBUCQUOY, “Het sluiten door de voorlopige bewindvoerder (met algemene bewindsopdracht) van een dading over betwiste rechten van de beschermde persoon (art. 488bis, f § 3, sub h B.W.) – Beoordeling door de vrederechter in het belang van de beschermde persoon”, noot onder Vred. Maaseik 1 december 1999, *T. Not.* 2002, p. 227-228, nr. 3; N. GALLUS, “La nouvelle loi sur la tutelle”, *t.a.p.*, 77).

Bovendien was de bedoelde machtiging ook nodig om te berusten in een vonnis (gewezen tegen de pupil, op vordering van een derde).

De berusting in een nog niet in rechte beoordeelde vordering ressorteert evenwel hetzelfde gevolg als de berusting in een vonnis, de waarborg van een rechterlijke tussenkomst, dat een weloverwogen en gemotiveerde rechterlijke uitspraak over de gegrondheid van de vordering impliceert, ten spijt.

“Uitdrukkelijke” berusting in een vonnis dat een namens de pupil gestelde vordering (geheel of ten dele) afwijst, zou hoe dan ook niet kunnen: in dit geval komt berusting neer op de afstand (te kostelozen titel) van een tot het bewindsvermogen behorend (weliswaar betwist) recht.

Zie hierover: F. DEBUCQUOY, “Het sluiten door de voorlopige bewindvoerder (met algemene bewindsopdracht) van een dading over betwiste rechten van de beschermde persoon (art. 488bis, f § 3, sub h B.W.) – Beoordeling door de vrederechter in het belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 233-235, nr. 8; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1294, nr. 1409 en p. 1296, nr. 1413; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 124, nr. 79, d en p. 129, nr. 91, e; J.-P. MASSON, “Examen de jurisprudence (1984-1990): Les personnes”, *R.C.J.B.* 1992, p. 433, nr. 33; J.-P. MASSON en N. MASSAGER, *t.a.p.*, p. 213, nr. 185.

Vgl.: H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 65.

Anders: Luik 1 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 464.

Zie bijvoorbeeld ook inzake het voorlopig bewind: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 134-135, nr. 194; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 253, nr. 324 en p. 258, nr. 333.

Zonder (vrede)rechterlijke machtiging kon de voogd (m.b.t. de bedoelde vordering) enkel verweer voeren (namens zijn pupil). Gebeurlijk kon hij zich wel naar “de wijsheid van de rechter” gedragen.

Wilde hij zich (al was het ten dele) neerleggen bij een tegen de pupil gestelde vordering, dan moest hij zich, alvorens (ten behoeve van de tegenpartij) zijn akkoord te geven, tot de vrederechter wenden. Hetzelfde gold zo de voogd, met machtiging van de vrederechter, een geding (namens de pupil) initieerde (dan wel een specifieke proceshandeling stelde), waarvan hij nadien (gebeurlijk ingevolge het door de bedoelde tegenpartij gevoerde verweer) afstand wilde doen (art. 820 en 822 Ger.W.).

Vgl.: F. DEBUCQUOY, “Het sluiten door de voorlopige bewindvoerder (met algemene bewindsopdracht) van een dading over betwiste rechten van de beschermde persoon (art. 488bis, f § 3, sub h B.W.) – Beoordeling door de vrederechter in het belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 235-236, nr. 9.

Aldus kon de voogd, die zonder (voorafgaande) machtiging van de vrederechter niet uitdrukkelijk kon berusten, evenmin de bedoelde “met elkaar overeenstemmende handelingen” stellen waaruit een berusting zou blijken.

Het enkel laten verstrijken van de termijn om rechtsmiddelen aan te wenden behoefde daarentegen geen voorafgaande machtiging, nu dit zonder meer kan kaderen in het als een goede huisvader te voeren beheer (art. 405 § 1, derde lid B.W.): berusting is een van het normale beheer afwijkende handeling (op initiatief van de voogd), terwijl bij het enkel laten verstrijken van de termijn, het vonnis onaantastbaar wordt op grond van de wet zelf (E. JANSSENS, “Le tuteur peut-il acquiescer à une action mobilière?”, *Rev. prat. not. b.* 1962, p. 115, nr. 7). Zoals gezegd, staat het louter laten verstrijken van de termijn om rechtsmiddelen aan te wenden niet gelijk met de stilzwijgende berusting.

Zie ook: W. PINTENS, “De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003”, *t.a.p.*, p. 134-135, nr. 23.

634 Sinds de Wet van 13 februari 2003 is de bedoelde machtiging niet meer nodig (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 129, nr. 60). Men acht het te delicaat voor een rechter om te beoordelen of hij, met inachtneming van het belang van de pupil, de oplossing van een andere rechter al dan niet kan onderschrijven; laat staan dat het evident is om de oplossing die men zelf aan een geschil (dat per hypothese onder de bevoegdheid van de vrederechter van het voogdijforum ressorteert maar geen betrekking heeft op de voogdij zelf) heeft gegeven, te evalueren (geval waarin men zich zou moeten laten vervangen).

Artikel 410 § 1, *sub* 10° B.W. wordt opgeheven. De wetgever schrapt de noodzaak om aan de vrederechter een machtiging te vragen om te kunnen berusten in een vordering of in een vonnis: “De in artikel 410 § 1, *sub* 10° B.W. voorziene machtiging brengt de vrederechter in een lastige situatie. De vrederechter machtigt de voogd of de drager van het ouderlijk gezag om een beroep in te stellen tegen een beslissing van een andere rechtsmacht of door hem zelf. Wat de vordering zelf betreft, riskeert deze bovendien dubbel gebruik uit te maken met de transactie (zoals bedoeld in art. 410 § 1, *sub* 11° B.W.). Ter vergelijking: deze machtiging is niet (aldus) bepaald inzake het voorlopig bewind.” (*Parl. St. Senaat* 2001-02, 2-1058/2, p. 5-6).

Nochtans spreekt het voor zich dat de berusting geenszins gelijk staat met de dading (zie o.m. ook: F. DEBUCQUOY, “Het sluiten door de voorlopige bewindvoerder (met algemene bewindsopdracht) van een dading over betwiste rechten van de beschermde persoon (art. 488bis, f § 3, *sub* h B.W.) – Beoordeling door de vrederechter in het belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 231-232, nr. 7). Hoogstens zou een overeengekomen wederzijdse berusting op een dading kunnen neerkomen: partijen doen wederzijdse toegevingen (zij zullen geen rechtsmiddelen aanwenden) en beëindigen op die manier een (verder) geschil, minstens voorkomen zij een nieuw geschil.

Zodoende kan de voogd thans vormvrij berusten in een (op initiatief van een derde partij) tussengekomen rechterlijke beslissing en, *a fortiori*, in een (tegen de pupil gestelde) vordering. De waarde van de zaak doet er niet toe (T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 701-702). De voogdij kent hier geen machtigingsvereiste meer, terwijl inzake het voorlopig bewind machtiging nodig is om te berusten in een vordering betreffende onroerende rechten (art. 488bis, f § 3, tweede lid, *sub* d B.W.). Het in de regel zwaardere voogdijregime is op dit punt soepeler dan het lichtere voorlopig bewind.

Wanneer een en ander kadert binnen een dading, blijft de vrederechterlijke machtiging vereist. Berusten kan nochtans gevaarlijker zijn dan het sluiten van een dading (E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants”, *t.a.p.*, p. 16-17, nr. 15). Bovendien rijst de vraag waar de te vermijden “lastige situatie” zich onderscheidt van de situatie waarin men de vrederechter brengt als men hem om machtiging verzoekt om een procedure te initiëren ...

§ 14. Aangaan van een dading en sluiten van een arbitrageovereenkomst

635 Nog steeds in de lijn van artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W. kan de voogd krachtens artikel 410 § 1, *sub* 11° B.W. evenmin, zonder machtiging van de vrederechter, een dading aangaan of een arbitrageovereenkomst sluiten: de bedoelde rechtshandelingen hebben een “beschikkingskarakter” (vgl.: art. 488bis, f § 3, tweede lid, *sub* h B.W.).

Zie: F. DEBUCQUOY, “Het sluiten door de voorlopige bewindvoerder (met algemene bewindsopdracht) van een dading over betwiste rechten van de beschermde persoon (art. 488bis, f § 3, *sub* h B.W.) – Beoordeling door de vrederechter in het belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 226-227, nr. 2.

Zie ook: Vred. Leuven (tweede kanton) 22 juli 2003, *T. Vred.* 2004, 213, noot: de Vrederechter suggereert een weduwnaar om samen met de aangestelde voogd *ad hoc* (zus van de vooroverleden moeder) een ontwerp van dading uit te werken ten einde een delicate familiale twist te verhelpen, waarna machtiging moet worden bekomen bij toepassing van de artikelen 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1, *sub* 11° B.W.

De vrederechter beoordeelt, zoals steeds, *in concreto* gelet op de eigenheden van het hem voorgelegde geval (zowel in feite als in rechte): hij voert eerst een (preliminair) onderzoek naar de legaliteit van de hem voorgelegde overeenkomst, vervolgens controleert hij de opportuniteit van een en ander.

Zie hierover uitgebreid: F. DEBUCQUOY, “Het sluiten door de voorlopige bewindvoerder (met algemene bewindsopdracht) van een dading over betwiste rechten van de beschermde persoon (art. 488bis, f § 3, *sub* h B.W.) – Beoordeling door de vrederechter in het belang van de beschermde persoon”, *t.a.p.*, p. 229, nr. 4, p. 238-239, nr. 10 en p. 242-245, nrs. 12-15.

636 Luidens artikel 2044 B.W. is de dading een schriftelijke overeenkomst waarbij partijen een gerezen geschil beëindigen of een toekomstig geschil voorkomen, dit middels wederzijdse toegevingen (Cass. 26 september 1974, *Arr. Cass.* 1974-75, 122).

Zie voor een uitgebreide bespreking van de dading in het raam van de voogdij: B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJES, *t.a.p.*, p. 78-89, nrs. 183-207.

Zie bv. ook: Rb. Luik 17 maart 1975, *Jur. Liège* 1975-76, 138; Kh. Verviers 13 juni 1977, *Jur. Liège* 1977-78, 79; Pol. Halle 2 februari 1990, *T. Vred.* 1992, 211.

Nu te dezen geen wederzijdse toegevingen voorhanden zijn, staat een (namens het minderjarige slachtoffer van een verkeersongeval onderschreven) minnelijke expertiseovereenkomst niet gelijk met een dading (Brussel 27 maart 1997, *De Verz.* 1998, 375, noot M. LAMBERT; zie ook: Rb. Luik 25 januari 1982, *Jur. Liège* 1982-83, 413; vgl.: Bergen 2 mei 1989, *J.L.M.B.* 1990, 155; Rb. Brussel

18 december 1978, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 175, noot J. RENCHON; Corr. Luik 25 mei 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1295; Corr. Luik 25 mei 1989, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.912). Het instemmen met een door de belastingsadministratie gewijzigde belastingaangifte van de pupil houdt evenmin een dading in (Cass. 16 januari 1957, *Arr. Cass.* 1957, 357; E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1956-1960): Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1962, p. 159, nr. 95): de voogd kan dit akkoord geven zonder *formae habilitantes*, hetgeen begrijpelijk is nu *in fiscalibus* geen dading in de civielrechtelijke zin van het woord mogelijk is (B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJES, *t.a.p.*, p. 79, nr. 184).

Is van een dading geen sprake, dan speelt artikel 410 § 1, *sub* 11° B.W. niet (maar gebeurlijk wel een andere bepaling: bv. art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.), tenzij de bedoelde (rechts)handeling wezenlijk dezelfde draagwijdte heeft als een dading, zoals bijvoorbeeld:

- het opdragen van de gedingbeslissende eed (art. 1357, *sub* 1° B.W.; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1286, nr. 1399; A. KLUYSKENS, *a.w.*, VII, p. 637, nr. 751; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 127, nr. 85; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJES, *t.a.p.*, p. 79, nr. 184),

- de regelingsakte in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1287 Ger.W.; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, p. 303, nr. 412; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, p. 141, nr. 223; F. SWENNEN, *a.w.*, p. 719, nr. 928),

- de regelingsakte in het raam van een grote wijziging van huwelijksvermogensstelsel (art. 1394 B.W.),

- de minnelijke schikking (art. 731 Ger.W.; P. HEURTERRE, "De minnelijke schikking", *T.P.R.* 1980, p. 99, nr. 6; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJES, *t.a.p.*, p. 19, nrs. 36-37),

- de aanvaarding van een minnelijke rangregeling (Chr. ENGELS, *Het uitvoerend beslag op onroerend goed en de daarbij horende rangregeling*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1981, p. 402, nr. 616, voetnoot 4)

en

- de vrijwillige afgifte van een legaat vermaakt in een betwist(baar) testament (A. RAISON, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1978, p. 253, nr. 525).

Zie: F. DEBUCQUOY, "Het sluiten door de voorlopige bewindvoerder (met algemene bewindsopdracht) van een dading over betwiste rechten van de beschermde persoon (art. 488bis, f § 3, *sub* h B.W.) – Beoordeling door de vrederechter in het belang van de beschermde persoon", *t.a.p.*, p. 229-230, nrs. 5-6.

637 Gelet op het delicate karakter mocht de voogd, krachtens het oude artikel 467 B.W., geen dading (ongeacht haar voorwerp) aangaan dan nadat hij daartoe door de familieraad was gemachtigd en op (prelabel, doch niet bindend) advies van drie rechtsgeleerden (niet noodzakelijk advocaten; Cass. 3 december 1846, *Pas.* 1848, I, 230), aangewezen door de procureur des Ko-

nings bij de rechtbank van eerste aanleg (vgl.: Rb. Hoei 25 november 1987, *Ann. dr. Liège* 1988, 341, noot A. JACOBS).

Zie terzake: G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 504, nr. 150; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1285-1286, nr. 1397; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 85.

Zie bv.: Rb. Charleroi 19 juni 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 78.

De bedoelde vormvoorschriften golden niet voor de ouders als beheerders van het vermogen van hun kinderen, dan wel als hun vertegenwoordigers (Rb. Charleroi 19 juni 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 78).

Bovendien moest de rechtbank van eerste aanleg (de procureur des Konings gehoord) de dading homologeren, opdat zij rechtsgevolgen zou kunnen te weegbrengen.

Zie bv.: Gent 17 mei 1969, *R.W.* 1969-70, 270; Rb. Brussel 3 februari 1969, *J.T.* 1969, 335; Rb. Brussel 9 mei 1969, *J.T.* 1969, 679, noot H. VAN EECKE; Rb. Brussel 9 september 1969, *Pas.* 1970, III, 98; Rb. Luik 17 maart 1975, *Jur. Liège* 1975-76, 138 (waarbij de bedoelde voorschriften als rakende aan de openbare orde worden aangezien).

Ook de ouders konden slechts met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg namens hun minderjarig kind een dading aangaan (oude art. 378, eerste lid *juncto* 467 B.W.; Cass. 14 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 51; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1003, nr. 1057).

Hetzelfde gold, *mutatis mutandis*, voor het sluiten van een arbitrageovereenkomst, krachtens artikel 1676, *sub* 1° Ger.W. mogelijk voor elk geschild dat reeds is ontstaan of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking, waarover een dading mag worden aangegaan (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1286, nr. 1398; Kh. Verviers 13 juni 1977, *Jur. Liège* 1977-78, 79).

In de praktijk vond deze logge en tevens dure regeling zelden toepassing (M. VERRYCKEN, "Onbekwamen", *T.P.R.* 1985, p. 500, nr. 14).

Zie bv.: Vred. Hoei 3 september 1992, *Jur. Liège* 1993, 610 met betrekking tot een geval van pachtbeëindiging en de dientengevolge verschuldigde vergoeding.

In voorkomend geval, regelden de vrederechters een en ander op informele wijze met (de advocaat van) de voogd (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 73).

638 Thans volstaat het dat de voogd, die voornemens is (namens zijn pupil) dergelijke overeenkomsten te onderschrijven, de vrederechter om een voorafgaande machtiging verzoekt (art. 2045, tweede lid B.W.; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 41, nr. 47). Gelet op de hierdoor op de vrederechter drukkende (grote) morele verantwoordelijkheid, is het geenszins ondenkbaar dat hij, zo al voldoende gegevens voorhanden zijn om het belang van de pupil optimaal te kunnen inschatten, om raad vraagt bij bepaalde deskundigen, desgevallend juristen.

Zie ook: H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", *t.a.p.*, p. 134, nr. 34.

Voor de goede orde zij aangestipt dat het vereiste van een "bijzondere" machtiging impliceert dat alle clausules van de dading aan de vrederechter zouden worden voorgelegd. Enkel dan kan hij de vermelde respectieve toe-

gevingen van de partijen naar behoren beoordelen en op basis daarvan al dan niet bijzondere machtiging verlenen (Vred. Maaseik 1 december 1999, *T. Not.* 2002, 219, noot F. DEBUCQUOY). Zoals steeds, kan de vrederechter aan het verlenen van de machtiging bijzondere formaliteiten verbinden, zo bijvoorbeeld de verplichting om de gelden die de pupil (krachtens de overeenkomst) in het verschiet heeft, te beleggen op een bepaalde wijze.

§ 15. Voortzetting van de door de pupil verkregen handel

639 De aan het voeren van een handel(sactiviteit) verbonden risico's zijn in de regel onverenigbaar met de voorzichtigheid die een behoorlijke werking van de voogdij kenmerkt (E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 46, nr. 55).

Aldus is en blijft het de voogd hoe dan ook verboden een (nieuwe) handel namens zijn pupil te beginnen (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 194, nr. 1296). In diezelfde optiek moet de voogd zich ervan onthouden namens zijn pupil handelingen (daden van koophandel) te stellen, die voor deze laatste de hoedanigheid van handelaar met zich zouden brengen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1293, nr. 1407), aldus bijvoorbeeld het participeren in een (handels)vennootschap met een (statutair bepaalde) commerciële activiteit met een onbepaalde aansprakelijkheid (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1294, nr. 1408). Dit geldt in zekere zin ook voor de zogeheten "geïsoleerde" daden van koophandel (die niet meteen de hoedanigheid van handelaar impliceren; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1292-1294, nr. 1407).

640 Krachtens het oude artikel 8 W. Kh. kon de voogd wel, mits (herroepbare) toestemming van de familieraad (en onder de voorwaarden die hij bepaalt) en homologatie door de burgerlijke rechtbank, "de handel van de ouders van de minderjarige" te zijnen behoeve verder zetten, gebeurlijk met bijstand van een "bijzondere bewindvoerder" in de zin van de oude artikelen 454, tweede lid B.W. en 8, tweede lid W. Kh.

Zie terzake: G. BAETEMAN en J. GERLO, *t.a.p.*, p. 942, nr. 248; H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1287-1288, nr. 1400; Rb. Mechelen 2 januari 1979, *Rev. not. b.* 1980, 391; Rb. Kortrijk 27 maart 1979, *T. Not.* 1979, 187, noot H. DU FAUX.

In de praktijk stond men hoe dan ook vrij huiverig tegenover een dergelijke uitbating door de voogd, die nu en dan faliekant afliep (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 73). Als het al werd toegestaan, dwongen de vrederechters een "gestoffeerde" verantwoordingsverplichting af (ook ten behoeve van de toeziende voogd) middels een periodieke verslaggeving (zo ook inzake de boekhouding, het rekeningenbeheer en de fiscale aangiften) door de voogd. Vele vrederechters pasten overigens het voormelde oude artikel 8 W. Kh. ook toe op de langstlevende ouder (in het raam van een gedeeltelijke voogdij), aan wie (in voorkomend geval) een bijzondere beheerder werd toegevoegd.

Artikel 8 W. Kh. is nu afgeschaft.

641 Thans treft de vrederechter, krachtens artikel 407 § 1, *sub* 7° B.W., de maatregelen die moeten worden genomen met het oog op de voortzetting, de verhuring, de overdracht of de beëindiging van een (al dan niet van zijn ouders afkomstige) handelszaak of (landbouw)onderneming die de pupil heeft verkregen.

De bedoelde maatregelen kunnen ook kaderen binnen de “dringende maatregelen” die de vrederechter (meteen na het ontstaan van de voogdij) treft (overeenkomstig art. 391, eerste lid B.W.) en die noodzakelijk zijn voor de bewaring van de goederen van de pupil (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 46-47, nr. 56).

Artikel 410 § 1, *sub* 12° B.W. vervolgt dat de voogd de voorafgaande machtiging van de vrederechter nodig heeft om een handelszaak voort te zetten die is verkregen door wettelijke erfopvolging of door erfopvolging krachtens uiterste wil.

Zie voor een uitgebreide bespreking terzake: E. DEBUSSCHER, “De verderzetting van een handelszaak”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, K.U.L.A.K., 2002, 11 p.; E. DEBUSSCHER, “Verderzetting van een handelszaak door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, in D. MEULEMANS (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door minderjarigen – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 179-195.

Het gaat dus om een handelszaak die deel uitmaakt van een nalatenschap die de pupil (gedeeltelijk) toekomt hetzij ingevolge de wettelijke devolutie, hetzij ingevolge testamentaire devolutie. Dat de handelszaak al dan niet van de ouders afkomstig is, speelt geen rol (meer) (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 130-131, nr. 65). Van belang is wel dat de handelszaak wordt verkregen ten titel van erfenis. De anderszins, bijvoorbeeld bij schenking, verkregen handelszaak is (blijkbaar) niet begrepen in artikel 410 § 1, *sub* 12° B.W.: dit zou betekenen dat dergelijke handelszaak hetzij moet worden liquideerd hetzij moet worden verkocht.

Dit geldt *mutatis mutandis* voor de voortzetting door de pupil van een landbouwbedrijf. Wat dit laatste betreft, zij ook verwezen naar de Wet van 29 augustus 1988 “op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit”. Luidens artikel 2 van deze wet kunnen de wettelijke vertegenwoordigers van de pupil het recht van overname alleen uitoefenen met machtiging van de vrederechter van het voogdijforum. Artikel 10, eerste lid van dezelfde wet bepaalt dat, wanneer een van de mede-erfgenamen minderjarig is en minstens zestien jaar oud, de vrederechter, op verzoek van de wettelijke vertegenwoordiger, het landbouwbedrijf in onverdeeldheid kan behouden voor een periode die de meerderjarigheid van deze erfgenaam niet kan overschrijden. De toepassing van de vermelde wet onderstelt wel dat de nalatenschap een landbouwbedrijf bevat en dat er minstens twee erfgenamen in de rechte neerdalende lijn zijn.

In de lijn van artikel 407 § 2 B.W. herhaalt ook artikel 410 § 1, *sub* 12° B.W. dat de vrederechter zijn (gebeurlijke) toestemming te allen tijde kan intrekken. Het is cruciaal dat de vrederechter, in voorkomend geval, zijn toestemming op elk moment kan “herevalueren”: wanneer nodig, moet hij kunnen bijsturen (N. GALLUS, “La nouvelle loi sur la tutelle”, *t.a.p.*, 77).

642 Bij dit alles geniet de vrederechter een zekere appreciatiebevoegdheid en kan hij (naargelang van de omstandigheden) tot de voortzetting, de verhuuring, de overdracht of de beëindiging van de bedoelde handel besluiten.

Vgl.: A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 119, nr. 280,0, die als regel vooropstelt dat de door de minderjarige door vererving verkregen handelszaak hetzij moet worden geliquideerd, hetzij moet worden verkocht.

Zo kan het bijvoorbeeld aangewezen zijn om de handelszaak in een vennootschap onder te brengen (Cass. 30 januari 1914, *Pas.* 1914, I, 77; E. DEBUSCHER, “Verderzetting van een handelszaak”, *t.a.p.*, p. 191-192, nr. 36; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 46, nr. 55). Hij kan eveneens, desgevallend in samenspraak met de voogd, de nodige (investerings)maatregelen treffen ten einde de handelszaak verder te ontwikkelen (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 47, nr. 57). Een nieuwe handel is evenwel uitgesloten, zo ook een dermate fundamentele transformatie van de bestaande handel die op hetzelfde zou neerkomen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, 1990, p. 1288, nr. 1400).

In het licht van de oude artikelen 454, tweede lid B.W. en 8, tweede lid W. Kh. en ook het nieuwe artikel 405 § 1, vierde lid B.W., kan ook thans de vrederechter de voogd toestaan om de leiding van de handelszaak aan een onder toezicht van de voogd staande “bijzondere bewindvoerder” toe te vertrouwen (art. 410 § 1, *sub* 12° B.W.).

De wetgever van 3 mei 2003 heeft een vergelijkbare regeling willen treffen inzake het voorlopig bewind (art. 488*bis* § 3, vierde lid B.W.; Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488*bis* du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, *t.a.p.*, p. 91, nr. 125; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, *t.a.p.*, p. 33-34, nrs. 75-77; E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *t.a.p.*, p. 680-681, nr. 10). Toch is de voortzetting van de handelszaak daar geen handeling die machtiging behoeft: de vrederechterlijke goedkeuring is wel nodig, maar het is onduidelijk volgens welke procedure die moet worden gevraagd. Wellicht kan de vraag reeds in het initiële verzoekschrift worden gesteld, zoniet later “bij eenvoudig verzoekschrift” (F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, *t.a.p.*, p. 171, nr. 371 en p. 200, nr. 420). Ook inzake het voorlopig bewind kan voor de bedoelde voortzetting de aanstelling van een “bijzondere bewindvoerder” worden gevraagd. In voorkomend geval neemt deze laatste het bestuur waar onder toezicht van de voorlopige bewindvoerder. Anders dan inzake de voogdij wordt de bijzondere bewindvoerder aangeduid door de rechtbank van koophandel (die over een lijst met “geschikte personen” beschikt) op verzoek van de vrederechter.

Het is hoe dan ook een delicate aangelegenheid. De vrederechter moet de evolutie van de zaak op de voet volgen, wat hij uiteraard kan dankzij de controlemiddelen die in de wet worden ingebouwd. De zaak mag wel uitbreiden en de juridische vorm ervan is irrelevant. Zo zou de zaak mogen worden ingebracht in een vennootschap. Evolueert de zaak slecht, dan kan de vrede-

rechter zelfs ambtshalve zijn machtiging herzien of intrekken. Het is inderdaad belangrijk eraan te herinneren dat, eens de toelating is verkregen, het de minderjarige is die handelaar wordt, welke ook zijn leeftijd is en dat hij dus kan worden failliet verklaard (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1517-1518, nr. 143).

643 Indien de voogd (aldus) de bedoelde handelszaak verder uitbaat, geschiedt dit hoe dan ook middels een nauwgezette (periodieke) verantwoording (zo ook inzake de boekhouding, het rekeningenbeheer en de fiscale aangiften) aan de vrederechter (die zich, ter evaluatie van een en ander, op zijn beurt kan laten bijstaan), zo ook ten behoeve van de toeziende voogd.

Het komt de (toeziende) voogd niet toe om de te exclusieven titel aan de pupil toebehorende handelszaak over te nemen (Rb. Kortrijk 8 mei 1979, *T. Not.* 1980, 50).

AFDELING V

SANCTIE BIJ DE NIET-NALEVING VAN HET MAGTIGINGSVEREISTE

644 Indien de wettelijk voorgeschreven vormvereisten in acht zijn genomen, is het alsof de (minderjarige) pupil de bedoelde (rechts)handeling waarvoor het machtigingsvereiste (art. 410 B.W.) dan wel het vereiste van medeondertekening (art. 409 § 2, eerste lid B.W.) is gesteld, zelf zou hebben verricht na zijn meerderjarigheid (dan wel vóór de onbekwaamverklaring): aldus ook artikel 1314 B.W. (dat enkel doelt hetzij op de vervreemding van onroerende goederen, hetzij op de verdeling van de nalatenschap).

645 Indien de voogd de voorgeschreven vormvereisten niet naleeft, is de door hem namens zijn pupil gestelde (rechts)handeling onderhevig aan de sanctie van de nietigverklaring (G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, *t.a.p.*, p. 505-506, nr. 154; P. SENAEVE, *a.w.*, II, p. 223, nr. 1415; Rb. Brussel 26 maart 1952, *Pas.* 1953, III, 11; Corr. Luik 25 mei 1989, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.912). Het valt evenwel te betwijfelen of een zonder naleving van het machtigingsvereiste door de wettelijke vertegenwoordiger gedane handeling de pupil niet tegenwerpbaar zou zijn (F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 401-402, nr. 25). Het inzake lastgeving in artikel 1998, tweede lid B.W. neergelegde beginsel naar luid waarvan de lastgever niet gehouden is tot wat de lasthebber buiten de verleende macht om zou hebben gedaan (dan voor zover er bekrachtiging was), kan hoe dan ook niet (zonder meer) naar analogie worden toegepast op de vertegenwoordiging van onbekwamen (E. VIEUJEAN, “L'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale et la destitution de l'autorité parentale – La relation tutelle et protutelle” en “Désaccord des

parents et oppositions d'intérêts", in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepservaringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 11-12).

Zie bv.: Brussel 11 september 1973, *T. Not.* 1974, 49; Gent 17 mei 1969, *R.W.* 1969-70, 270.

Zie ook: Gent 16 februari 1988, *R.G.A.R.* 1991, nr. 11.779; E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *t.a.p.*, p. 138-140, nr. 64.

Voor een bespreking van de situatie waarbij de minderjarige pupil zelf optreedt, zie: P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 224-226, nrs. 1416-1425.

646 Deze nietigheid is betrekkelijk (relatief), wat betekent dat zij alleen door of namens de beschermde persoon (de pupil) kan worden gevorderd (gebeurtelijk door zijn rechtsopvolgers), nooit door de medecontractant(en): aldus ook artikel 1125, tweede lid B.W. (J. GERLO, *a.w.*, 2003, p. 324, nr. 811; P. MARCHAL, *t.a.p.*, p. 125-126, nr. 81; F. SWENNEN, *a.w.*, p. 229, nr. 280).

Zie bv.: Cass. 27 april 1899, *Pas.* 1899, I, 201; Luik 6 oktober 1970, *Jur. Liège* 1970-71, 249; Arbrb. Brugge 27 november 1972, *J.T.* 1973, 242; Vred. Aarlen 27 oktober 1972, *T.Vred.* 1974, 50.

Zie ook: F. BLONTROCK, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 68; M. BOSMANS, *t.a.p.*, p. 323-324, nr. 6; G. STABEL, *t.a.p.*, p. 281, nr. 6; W. PINTENS en A. VERBEKE, *t.a.p.*, p. 178, nr. 39.

In bepaalde gevallen kan de nietigverklaring zelfs worden gevorderd door de schuldeisers van de beschermde persoon (art. 1166 B.W.), tenzij zij medecontractant zijn.

Om de sanctie doelmatiger te maken, wordt het recht om de nietigheid in te roepen ook gegeven aan de wettelijke vertegenwoordiger van de onbekwame. De mogelijkheid om als (gewezen) minderjarige of namens een minderjarige de nietigheidssanctie in te stellen, verdwijnt indien de minderjarige zijn onbekwaamheid door frauduleuze manoeuvres heeft verborgen gehouden (W. VAN GERVEN, "Algemeen deel", in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, I, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 436, nr. 136). Uit de enkele verklaring van de minderjarige dat hij meerderjarig is, kan fraude nochtans niet worden afgeleid.

Volgens CLOSSET-MARCHAL zou ook het openbaar ministerie kunnen ageren (G. CLOSSET-MARCHAL, "Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé", *t.a.p.*, 6). Krachtens artikel 138, tweede lid Ger.W. kan het openbaar ministerie in burgerlijke zaken optreden "bij wege van vordering of advies", en dit ambtshalve in de wettelijk bepaalde gevallen en "bovendien telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt". Welnu, onderhavige problematiek raakt de zogeheten *ordre public de protection* en met name het belang van de pupil.

Zie dienaangaande ook: J. BEAUCHARD, "Nullité des actes de procédure – irrégularités de fond", *J.-Cl. Proc. Civ.*, Fasc. 138 (1998), nr. 38.

Meer nog: het openbaar ministerie zou zelfs machtiging kunnen vragen in de zin van artikel 410 § 1 B.W. (G. CLOSSET-MARCHAL, "Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé", *t.a.p.*, 4). In de praktijk is dit laatste natuurlijk uitgesloten, al was het maar omdat het openbaar ministerie de voornemens van de wettelijke vertegenwoordigers niet kent.

De vordering tot nietigverklaring verjaart door verloop van tien jaren (art. 1304 B.W.), met dien verstande dat de verjaring in beginsel niet loopt tegen “minderjarigen en onbekwaamverklaarden” (art. 2252 *juncto* 2278 B.W.).

Artikel 1304, derde lid B.W. preciseert dat “ten aanzien van handelingen van onbekwaamverklaarden, de tijd begint te lopen van de dag waarop de onbekwaamverklaring is opgeheven en ten aanzien van handelingen van minderjarigen, van de dag van de meerderjarigheid”. Voor de rechtsoptvolgers loopt de verjaringstermijn vanaf het overlijden van de beschermde persoon.

Bovendien dient gewezen op het *adagium: quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

De bedoelde verrichting is ook vatbaar voor bevestiging (Vred. Hamoir 9 december 1971, *Jur. Liège* 1972-73, 48; zie ook: Cass. 21 september 1995, *R.W.* 1996-97, 10). De bevestiging van een onregelmatige handeling impliceert de afstand van een aanspraak op nietigheid: men zuivert de bevestigde handeling van de eraan klevende nietigheidssmet. De bevestiging van de nietige verbintenis kan stilzwijgend gebeuren, hetzij door een vrijwillige uitvoering, hetzij blijkende uit elk feit dat bij degene die de vernietigbare rechtshandeling heeft aangegaan (of namens wie de vernietigbare rechtshandeling is aangegaan) met zekerheid wijst op de bedoeling om ze te bevestigen of althans af te zien van het recht om zich op de nietigheid ervan te beroepen (Cass. 18 april 1968, *Arr. Cass.* 1968, 1044; Brussel 12 november 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 43). De pupil kan dit pas eens zijn onbekwaamheid is opgeheven. Maar ook ten tijde van de onbekwaamheid is bevestiging mogelijk door de voogd die in voorkomend geval dezelfde vormvoorschriften moet naleven als vereist voor het stellen van de bevestigde handeling (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 44-45, nr. 90; zie ook: W. VAN GERVEN, *t.a.p.*, p. 441, nr. 137).

Hij die onbekwaam is om een (rechts)handeling te stellen, kan die gedurende zijn onbekwaamheid niet bevestigen (zie ook: F. SWENNEN, *a.w.*, p. 229, nr. 281); aldus ook artikel 1311 B.W.

De andere opvatting verdedigen (Vred. Westerlo 19 november 2001, *T.B.B.R.* 2002, 641), op basis van de limitatieve lijst van machtigingbehoevende handelingen waartoe de bevestiging niet hoort, komt hierop neer dat de voogd alle handelingen zonder machtiging zou kunnen stellen en de nietigheid vervolgens alleenoptredend bevestigen. Dit kan niet de bedoeling zijn (F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 399, nr. 18; F. SWENNEN en S. MOSSELMANS, “Het machtigingsvereiste bij toegang voor de ouders tot gelden van hun minderjarige kinderen”, noot onder Vred. Gent (vijfde kanton) 9 september 2003, *R.W.* 2003-04, p. 831, nr. 9).

647 Het betreft ook een nietigheid rechtens, wat betekent dat, wanneer zij gevorderd wordt, de (vrede)rechter verplicht is om ze uit te spreken, zonder dat hij er rekening kan mee houden of de pupil er nadeel van heeft onderzonden (Rb. Brussel 21 december 1967, *J.T.* 1968, 132; Rb. Luik 17 maart

1975, *Jur. Liège* 1975-76, 138; N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 20, nr. 47; N. GALLUS, “La nouvelle loi sur la tutelle”, *t.a.p.*, 78; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 133, nr. 69).

Zie ook: B. POELEMANS, “Uniformisering van de regels van volstreckte bevoegdheid in familie-zaken”, in E. DE GROOTE, J. MELLAERTS en B. POELEMANS, *Naar een humaner familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1994, p. 128, nr. 346 en p. 134-135, nr. 359.

Vgl. artikel 1305 B.W., zoals bijvoorbeeld toegepast in: Vred. Ronse 14 maart 2000, *D.C.C.R.* 2000, 273.

Door de nietigverklaring wordt de rechtshandeling met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt. Zij wordt geacht nooit te hebben bestaan. De nietigverklaring geeft aanleiding tot een herstel van de partijen in hun oorspronkelijke toestand. De door de partijen verrichte prestaties waren niet verschuldigd en dienen, in de mate van het mogelijke, ongedaan te worden gemaakt, met dien verstande dat het ten behoeve van de pupil gepresteerde enkel dan voor terugvordering in aanmerking komt indien bewezen is dat hij voordeel heeft getrokken uit de nietige transactie (art. 1241 en 1312 B.W.).

Vgl. inzake het voorlopig bewind: G. STABEL, *t.a.p.*, p. 286-287, nr. 10; E. VIEUJEAN, “Le majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens”, in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs – Le droit belge après les réformes*, Brussel, Story-Scientia, 1996, p. 269-270, nr. 44; E. VIEUJEAN, “Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer des biens”, *t.a.p.*, p. 140, nr. 65.

648 De vraag rijst of de zonder de vereiste machtiging gestelde (rechts)handeling *a posteriori* kan worden geregulariseerd.

Zie ook: W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, *t.a.p.*, p. 178-179, nr. 373.

Artikel 410 § 1 B.W. beoogt ongetwijfeld een voorafgaande machtiging. Door bepaalde rechts- en proceshandelingen door een vertegenwoordiger machtigingbehoevend te maken, voorziet de wetgever immers in een controle naar de verenigbaarheid van die handelingen met het belang van de onbekwame. Daarom moet de machtiging uiteraard voorafgaandelijk worden verleend. Vóór die controle kan men niet handelen.

Aldus moet men bijvoorbeeld eerst om de machtiging tot verkoop (uit de hand) vragen (met voorlegging van een ontwerp van akte, gebeurlijk een aanbod tot aankoop) en (eens de machtiging bekomen) dan pas verkopen (met inachtnaam van de in voorkomend geval door de vrederechter vooropgestelde minimumprijs). De vóóraf gesloten onderhandse verkoopovereenkomst “onder de opschortende voorwaarde van machtiging” is ontoelaatbaar.

Zie: H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 236; N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *t.a.p.*, p. 17, nr. 26; F. HERINCKX, “A partir de quel moment peut-on être certain d’être acquéreur d’un immeuble appartenant en tout ou en partie à un incapable mineur ou assimilé ou dépendant d’une masse faillie, dont la vente de gré à gré a été autorisée par le tribunal?”, *t.a.p.*, p. 165 e.v., inzonderheid nr. 5; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 109, nr. 22; A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 300-301, nr. 675.

Ook aan de zijde van de verkrijger is de verkoop pas definitief bij het sluiten van de (onderhandse) overeenkomst ná de vereiste machtiging: het ter goedkeuring van de vrederechter voorgelegde ontwerp biedt geen zekerheid, aangezien een derde steeds een betere prijs kan bieden.

Zoniet zou aan het machtigingsvereiste elke betekenis worden ontnomen. In beginsel moet dan ook worden gesteld dat de vrederechter geen enkele bevoegdheid heeft om een gebeurlijke onregelmatigheid *post factum* te regulariseren.

Vgl.: J. VERSTRAETE, "De schenking van een onroerend goed aan een minderjarige", *t.a.p.*, p. 7, nr. 11 en p. 17, nr. 31; J. VERSTRAETE, "Schenken aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 49-50, nrs. 11-14.

HEYVAERT toont blijkbaar een meer soepele houding. Naar zijn mening kan, indien de machtiging tot onderhandse verkoop abstract wordt verleend, de voogd slechts onderhands verkopen onder de schorsende voorwaarde dat de vrederechter het door een notaris op te stellen ontwerp van verkoopakte goedkeurt; heeft de voogd reeds contacten gelegd vooraleer hem machtiging tot onderhandse verkoop werd verleend, dan kan hij slechts handelingen stellen onder "de (cumulatieve) schorsende voorwaardelijke tijdsbepaling" dat hij een machtiging bekomt tot onderhandse verkoop en de goedkeuring van het ontwerp van verkoopakte door de vrederechter: "Mocht hij niet onder die voorwaarden handelen, dan zou hij andermans goed verkopen en dergelijke verkoop is nietig." (art. 1599 B.W.; A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 119, nr. 280, 1).

Hoe dan ook is de onregelmatig gestelde (rechts)handeling, zoals vermeld, slechts relatief nietig, wat impliceert dat de voogd ze (namens zijn pupil) kan bevestigen. Voor deze bevestiging heeft hij evenwel de machtiging van de vrederechter nodig, nu de bevestigingsakte dezelfde kwalificatie heeft als de handeling waarvoor de voogd ten onrechte heeft nagelaten machtiging te vragen.

Zie ook: S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 133-134, nr. 69.

Anders: Vred. Westerlo 19 november 2001, *T.B.B.R.* 2002, 641. De vrederechter betwijfelt dit standpunt aangezien de lijst van handelingen waarvoor machtiging vereist is, een limitatief karakter vertoont en de bevestiging van een onregelmatige handeling niet in deze lijst voorkomt.

649 Zoals hoger aangegeven, is regularisatie wel mogelijk voor de onregelmatig geïnitieerde procedure (H. BOULARBAH, *t.a.p.*, p. 88, nrs. 83-84; F. LAURENT, *a.w.*, V, p. 87, nr. 76 en p. 95-96, nr. 84; *R.P.D.B.*, VII, tw. *Minorité, tutelle, émancipation*, *t.a.p.*, p. 330, nr. 1204).

Zie: Cass. 16 maart 1846, *Pas.* 1847, I, (58), 68; Cass. 25 mei 1883, *Pas.* 1883, I, 249; Cass. 27 april 1899, *Pas.* 1899, I, 201; Cass. 16 oktober 1970, *Arr. Cass.* 1971, 158; Vred. Barvaux 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 345.

Vgl.: Gent 29 mei 1996, *R.W.* 1997-98, 1056; Vred. Westerlo 19 november 2001, *T.B.B.R.* 2002, 641.

Van het ongemachtigde optreden in rechte wordt wel aanvaard dat het in de loop van het geding (de aanleg) kan worden geregulariseerd (F. SWENNEN,

“Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 399-400, nr. 19). Dit is proceseconomisch verantwoord. Bovendien gaan de bezwaren tegen regularisatie *post factum* van rechtshandelingen hier niet op, aangezien het optreden in rechte als eiser nog niet is voltrokken. Ten slotte verenigt de mogelijkheid tot regularisatie de noodzaak om een vordering te kunnen inleiden als daad van bewaring en de vereiste rechterlijke controle op de wijze waarop de vertegenwoordiger zich van zijn opdracht kwijt.

Uiteraard is geen regularisatie mogelijk in het geval de vertegenwoordiger niet enkel ongemachtigd maar (materieelrechtelijk) ook geen vertegenwoordiger (meer) is (F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, *t.a.p.*, p. 400, nr. 20). Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een wettelijke vertegenwoordiger een rechtsmiddel aanwendt ten behoeve van iemand die zijn pupil niet meer is (P. VANLERSBERGHE, *t.a.p.*, p. 44-45, nr. 44). De wettelijke vertegenwoordiger alsnog machtigen is uiteraard onmogelijk. De vordering is ontoelaatbaar. Het onregelmatige geding kan evenmin worden hervat (Cass. 4 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 563).

650 Tot slot zij aangestipt dat de wettelijke vertegenwoordiger bovenal een verantwoordelijk persoon is die een gezond bewind moet voeren: in voorkomend geval is hij gehouden tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit de niet-naleving van het machtigingsvereiste (art. 405 § 1, derde lid B.W.). In dezelfde zin is ook de ouderlijke verantwoordelijkheid aan de orde (art. 379, eerste lid B.W.).

Gebeurlijk rijst ook de aansprakelijkheid van de beroepspersoon, bijvoorbeeld de notaris, die een handeling bewerkstelligt zonder het machtigingsvereiste na te leven (G. CLOSSET-MARCHAL, “Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé”, *t.a.p.*, 7).

HOOFDSTUK V

VERKRIJGING EN INHUURNEMING DOOR DE (TOEZIENDE) VOOGD VAN GOEDEREN VAN DE PUPIL

AFDELING I

VERKRIJGING DOOR DE (TOEZIENDE) VOOGD VAN GOEDEREN VAN DE PUPIL**§ 1. Principieel verbod voor de (toezienende) voogd om de goederen van zijn pupil te verkrijgen**

651 *In se* is het de voogd geenszins verboden een overeenkomst met zijn pupil aan te gaan. Ingevolge de (gebeurlijk) rijzende belangentegenstelling, vertegenwoordigt de toezienende voogd de pupil (art. 404, eerste lid B.W.).

652 Dit was ook zo onder het oude recht (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1290, nr. 1406).

Krachtens het oude artikel 450, derde lid B.W. mocht de voogd (enkel) de goederen van zijn pupil niet kopen, noch (bij wijze van verkoop) de overdracht aannemen van enig recht of enige schuldvordering ten laste van zijn pupil.

De voogd kon bijvoorbeeld wel een schuldvordering lastens zijn pupil verkrijgen door erfopvolging (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1291-1292, nr. 1406).

Zo ook trad de voogd die een schuld, waartoe hij samen met zijn pupil gehouden was, heeft voldaan, in de plaats van de aldus voldane schuldeiser. Wettelijke indeplaatsstelling in de zin van artikel 1251 B.W. kon wel, terwijl conventionele indeplaatsstelling onder het in artikel 450, derde lid B.W. bepaalde verbod viel (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1292, nr. 1406).

Deze uitzonderingen kenden hoe dan ook een limitatieve draagwijdte (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1290-1291, nr. 1406, voetnoot 3).

Vgl. in verband met het verbod voor de voogd om goederen met zijn pupil te ruilen: Brussel 21 september 1907, *Rev. prat. not. b.* 1907, 703; Luik 19 november 1942, *Pas.* 1943, II, 40; Rb. Dendermonde 14 juli 1879, *Pas.* 1880, III, 47.

653 Ook thans verbiedt artikel 1596, tweede lid B.W. voogden bij een openbare verkoop “de goederen van hen over wie zij de voogdij hebben” te kopen, ook niet via tussenpersoonstelling: de wetgever wil dat de voogd derden zou aansporen om op te bieden, wat hij niet zou doen wanneer hij zelf mag meebieden.

Dit is nauw verwant met het traditionele verbod voor de lasthebber om die handelingen te verrichten die hem een met de belangen van zijn lastgever strijdig voordeel zouden kunnen opleveren: dit is onverenigbaar met een getrouwe mandaatvervulling (Cass. 18 maart 2004, *R.W.* 2004-05, 303, noot A. SMETS). Toch is een en ander niet zonder meer te extrapoleren inzake de voogdij nu hier wel degelijk specifieke waarborg- en controlemechanismen zijn voorzien ten einde een dergelijk gevaar, dan wel een belangentegenstelling te ondervangen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1291, nr. 1406).

In voormelde optiek bepaalt verder ook artikel 411 B.W. dat de voogd geen goederen van zijn pupil kan “verkrijgen”, noch rechtstreeks noch door een tussenpersoon.

Anders dan onder het oude recht, valt nu ook de toeziende voogd onder de bedoelde verbodsbepaling. Waar artikel 411 B.W. is uitgebreid naar de toeziende voogd, blijft het vermelde artikel 1596, tweede lid B.W. daarentegen *ratione personae* beperkt tot de voogd.

Zie onder het oude recht: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1292, nr. 1406; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, X, *Contrats civils* (door F. GIVORD, J. HAMEL en A. TUNC), Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, p. 58-59, nr. 53.

Het voormelde geldt geenszins voor de ouder, die (nu steeds) als titularis van het ouderlijk gezag het vermogensbeheer waarneemt. Te dezen kan enkel een belangentegenstelling rijzen in de zin van artikel 378 § 1, zesde lid B.W.

§ 2. Verkrijgen

654 Hoewel de term “verkrijgen” ruimer is dan de term “kopen” in het oude artikel 450, derde lid B.W., blijft, mede gelet op de steeds voorhanden zijnde (vrede)rechterlijke controle bij het vervreemden van de goederen van de pupil (art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.), een limitatieve interpretatie van het bedoelde verbod aangewezen. Enkel ingeval de verkrijging van de goederen van de pupil het rechtstreekse en tevens exclusieve voorwerp van de overeenkomst uitmaakt, rijst een probleem.

Zie bv.: Brussel 21 januari 1981, *Rev. not. b.* 1982, 213, noot; Rb. Kortrijk 8 mei 1979, *T. Not.* 1980, 50, oordelende dat het, ingevolge het bedoelde verbod, onmogelijk is voor de voogd om de handelszaak van zijn pupil over te nemen.

Vgl. bv.: Vz. Rb. Luik 19 juni 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1214.

Zo zich voor het overige een belangentegenstelling voordoet, wordt de pupil vertegenwoordigd door de toeziende voogd, gebeurlijk door een voogd *ad hoc* (art. 404, eerste lid B.W.; Vz. Rb. Luik 24 juni 1996, *J.L.M.B.* 2000, 806; Vz. Rb. Luik 4 februari 1998, *J.L.M.B.* 2000, 807). In voorkomend geval wordt de toeziende voogd vervangen door een toeziende voogd *ad hoc*.

Zie bv.: Brussel 11 september 1973, *T. Not.* 1974, 49, noot; Vred. Gosselies 14 december 1979, *Rev. not. b.* 1981, 328, noot J.-F. LECLERCQ.

Zie ook: Rb. Brussel 3 mei 1971, *R.W.* 1972-73, 1960; Rb. Brugge 27 oktober 1981, *T. Not.* 1982, 73, noot; Vz. Rb. Luik 4 januari 1995, *T.Vred.* 1995, 317; Vz. Rb. Luik 4 februari 1998, *J.L.M.B.*

2000, 807; G. VAN DEN BERGH, “Voogd, Voogd *ad hoc*, Toeziende voogd, Toeziende voogd *ad hoc*”, *R.W.* 1948-49, 801-806.

Vgl. inzake het voorlopig bewind alwaar de wetgever nergens spreekt van een zogeheten “voorlopige bewindvoerder *ad hoc*”: Vred. Roeselare 16 december 1994, *R.W.* 1995-96, 267; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak (1995-2000): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 2001, p. 2086-2087, nr. 641; F. BLONTRUCK, “De voorlopige bewindvoerder: de Wet van 18 juli 1991”, *T. Not.* 1992, p. 114-115, nrs. 26-29; H. CASMAN, “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken – Wetten van 1990-1991*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, p. 125, nr. 23; Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, “La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d’en assurer la gestion – Aperçu législatif et commentaire”, *Act. dr.* 1993, p. 623, nrs. 98-99; P. MARCHAL, “Les incapables majeurs”, in *Répertoire notarial*, I, *Les personnes*, VIII, Brussel, Larcier, 1998, p. 237-238, nr. 306; G. STABEL, “Het standpunt van een voorlopige bewindvoerder – De toepassing van artikel 488bis B.W.”, in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 281, nr. 6; W. PINTENS en A. VERBEKE, “Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige”, *R.W.* 1991-92, p. 177, nr. 35; E. VIEUJEAN, “Questions relatives à l’administration provisoire des biens appartenant à un majeur”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 1995, p. 18-19, nr. 16.

Vgl. evenwel: Vred. Jumet 14 november 1994, *J.T.* 1995, 323; Vred. Westerlo 9 februari 2004, *T. Vred.* 2004, 218, waarbij de vrederechter beslist dat, wanneer de vroegere sterkmaker en de latere voorlopige bewindvoerder een en dezelfde fysieke persoon zijn, de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon niet kan vertegenwoordigen bij de in de loop van het voorlopig bewind gevraagde bekrachtiging van de sterkmaking en zodoende, uitsluitend met het oog op deze bekrachtiging, een voorlopige bewindvoerder *ad hoc* benoemt; Vred. Westerlo 27 augustus 2004, inzake met A.R. nr. 04.B141, *onuitgeg.*; Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, p. 132-133, nr. 190.

655 Indien bijvoorbeeld de (toeziende) voogd een hypotheek heeft op het op initiatief van een derde (schuldeiser van de pupil) te (openbare) verkoop gestelde onroerend goed van de pupil, moet de voogd het bedoelde goed toegewezen kunnen krijgen.

Zie ook: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1291, nr. 1406; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, *Les personnes* (door R. SAVATIER m.m.v. J. SAVATIER), Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 655, nr. 593.

656 Een specifieke vraag betreft de ruil: is een ruil tussen de pupil enerzijds en zijn (toeziende) voogd anderzijds mogelijk?

“Ruil is een contract waarbij de partijen aan elkaar een zaak in de plaats van een andere zaak geven” (art. 1702 B.W.). Artikel 1707 B.W. maakt “de regels omtrent het koopcontract” mede van toepassing op het ruilcontract, onder voorbehoud van de bijzondere regels vervat in de artikelen 1702-1706 B.W.

Een ruil met derden stelt geen bijzonder probleem: artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. (inzake het “vervreemden” van de goederen van de pupil) is toepasselijk, veeleer dan artikel 410 § 1, *sub* 9° B.W. (inzake het aankopen van een onroerend goed ten behoeve van de pupil). Zodoende kan de voogd de goederen van zijn pupil ruilen met die van een derde op voorwaarde dat de bijzondere machtiging van de vrederechter wordt bekomen (art. 410 § 1, *sub* 1° en 1707

B.W.). De toeziende voogd moet niet mee optreden, tenzij de ruil gepaard gaat met een oplegsom in het voordeel van de pupil: dan verleent hij kwijting in de zin van artikel 409 § 2, eerste lid B.W.

Een ruil met de (toeziende) voogd is wel problematisch.

Zolang het oude artikel 450, derde lid B.W. “speelde” was nog discussie mogelijk: ingevolge deze bepaling mocht de voogd (en enkel de voogd) de goederen van zijn pupil niet “kopen” ... Bepaalde rechtspraak extrapoleerde dit naar de ruil in het licht van een gecombineerde toepassing van de artikelen 450, derde lid, 1596 en 1707 B.W. (Luik 19 november 1942, *Pas.* 1943, II, 40; Rb. Dendermonde 14 juni 1879, *Pas.* 1880, III, 47; Rb. Brussel 21 september 1907, *Rev. prat. not. b.* 1907, 703). Bepaalde rechtsleer opteerde daarentegen voor een strikte uitlegging van het in het oude artikel 450, derde lid B.W. bedoelde verbod (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1290-1291, nr. 1406, voetnoot 3; vgl.: E. DE GRAVE, “Mineurs – Echange d’immeubles – Formalités”, *Rev. prat. not. b.* 1898, 481).

Artikel 411 B.W. sluit elke discussie uit: noch de voogd noch de toeziende voogd kunnen goederen van hun pupil “verkrijgen”. Het verbod betreft alle vormen van verkrijging van goederen van de pupil, behoudens de hierna besproken uitzonderingen. Iets voorzichtiger besluit DE BUSSCHERE: “De wettekst van artikel 411 B.W. leidt tot het besluit dat de (toeziende) voogd geen goederen van de pupil vermag te verkrijgen ten titel van ruil tegen eigen goederen van de (toeziende) voogd. Ruil van goederen van de pupil tegen goederen van de (toeziende) voogd lijkt absoluut verboden. Zelfs de vervanging van de voogd door de toeziende voogd om de minderjarige in dergelijke rechtshandeling te vertegenwoordigen zou geen oplossing bieden. Dergelijke ruil lijkt dus een verboden rechtshandeling.” (C. DE BUSSCHERE, “Nieuw art. 411 B.W.: Is ruil van goederen tussen een minderjarige en zijn voogd of toeziende voogd wettelijk mogelijk of daarentegen wettelijk absoluut verboden?”, *T. Not.* 2002, p. 195-197, nrs. 9-11). De gesuggereerde oplossing om de bedoelde verbodsbepaling “te omzeilen of te ontwijken” lijkt ietwat krampachtig: “Sommigen zullen wellicht denken aan de al dan niet tijdelijke vervanging van de (toeziende) voogd zodat deze, na zijn ontslag en de aanstelling van een nieuwe (toeziende) voogd, dan wel zou kunnen overgaan tot een ruil met de minderjarige onder voogdij.” (C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 197, nr. 12).

Wel rijst de vraag of het niet wenselijk is dergelijk absoluut verbod af te zwakken en dus de inkoop door de (toeziende) voogd wettelijk toe te laten mits deze omgeven wordt met voldoende waarborgen ter bescherming van de pupil. Dit is ten andere wel het geval voor het in huur nemen door de (toeziende) voogd van de goederen van zijn pupil (art. 411 B.W.). Waarom zou die (beschermings)regeling niet *mutatis mutandis* kunnen gelden voor het “verkrijgen” van de goederen van zijn pupil?

Zie voor een bescheiden pleidooi: C. DE BUSSCHERE, *t.a.p.*, p. 198-201, nrs. 14-19.

In die optiek stelt DE PAGE: “Il serait inadmissible que des garanties prévues dans l'intérêt du mineur se retournent contre lui en rendant, sans raison sérieuse, la gestion des biens plus rigide qu'il ne le faut” (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1279, nr. 1390).

§ 3. Uitzonderingen

De wetgever bepaalt zelf drie uitzonderingen.

A. WET VAN 16 MEI 1900 “TOT ERFREGELING VAN DE KLEINE NALATENSCHAPPEN”

657 Vooreerst kan de (toeziende) voogd (bepaalde) goederen van zijn pupil verwerven op grond van de Wet van 16 mei 1900 “tot erfregeling van de kleine nalatenschappen” (*B.S.* 21-22 mei 1900; sedertdien herhaaldelijk gewijzigd bij Wet van 23 april 1935, *B.S.* 25 april 1935, bij Wet van 20 december 1961, *B.S.* 9 januari 1962, bij Wet van 10 oktober 1967, *B.S.* 31 oktober 1967, bij Wet van 19 juli 1979, *B.S.* 22 augustus 1979 en bij Wet van 14 mei 1981, *B.S.* 27 mei 1981).

Zie terzake: M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, “Overzicht van rechtspraak (1988-1995): Erfenissen”, *T.P.R.* 1997, p. 447-474, nrs. 380-414; I. VERHAERT, “Het overname-recht in de Wet op de kleine nalatenschappen”, noot onder Cass. 11 mei 1998, *R.W.* 1999-2000, 1019-1022.

Zie wat de thans aan deze wet aangebrachte wijzigingen betreft: *Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/022, p. 39.

Deze wet is er destijds gekomen om kleine nalatenschappen (geheel of gedeeltelijk onroerende goederen bevattende waarvan het kadastraal inkomen een beperkt bedrag niet mag overschrijden) te beschermen tegen versnippering en tegen de hoge kosten die een verdeling en veiling dikwijls met zich brengen. De bedoeling is te zorgen dat de moeizaam bijeengespaarde woning of hoeve met bijhorende landbouwgronden, bij de dood van de *decujus*, niet opnieuw moet worden verkocht (veelal ingevolge het principiële recht van de erfgenamen op hun erfdeel *in natura*, aldus art. 826, eerste lid *B.W.*), maar, mits vervulling van bepaalde voorwaarden, door een van de mede-eigenaars kan worden ingekocht (J. DU MONGH, “Kleine nalatenschappen – Erfrecht in waarde”, noot onder Gent 24 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 366-368).

B. WET VAN 29 AUGUSTUS 1988 “OP DE ERFREGELING INZAKE LANDBOUWBEDRIJVEN MET HET OOG OP HET BEVORDEREN VAN DE CONTINUÏTEIT”

658 Ten tweede kan de (toeziende) voogd (bepaalde) goederen van zijn pupil ook verwerven op grond van de Wet van 29 augustus 1988 “op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit” (*B.S.* 24 september 1988, *err. B.S.* 15 november 1988), wat eens te meer een vaak al te hinderlijk bevonden verdeling *in natura* tegengaat.

Zie terzake: Chr. DE WULF, "Erfenissen, schenkingen en testamenten, bedingen van aanwas en tontine", in *Familierecht en familiaal vermogensrecht – Notariële actualiteit*, Brugge, die Keure, 1991, p. 67 e.v., nrs. 74 e.v.; D. MEULEMANS en H. MINJAUW, "De wet op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit", *Waarvan Akte* 1988, 177-180; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, *t.a.p.*, p. 475-480, nrs. 415-419; Y. LELEU, "De erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op de bevordering van de continuïteit – Commentaar op de Wet van 29 augustus 1988", *T. Not.* 1989, p. 2-30, nrs. 1-96; Y. LELEU, "Régime successoral des exploitations agricoles en vue d'en promouvoir la continuité", *Rev. not. b.* 1989, p. 208-238, nrs. 1-96.

Zie wat de thans aan deze wet aangebrachte wijzigingen betreft: *Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/022, p. 39.

Door deze wet wordt een bijzonder regime in het leven geroepen voor (de overname van) landbouwbedrijven (niet van andere familiale handels-, ambachtelijke of nijverheidsondernemingen die in de praktijk de grote meerderheid van de familiebedrijven uitmaken), dat voorrang krijgt op voormelde Wet van 16 mei 1900 (N. TORFS, "Suggestion de loi portant organisation du droit de reprise", in *Mélanges de suggestions de lois en hommage à Pierre Harmel*, Luik, 1992, 211-216).

Terwijl voormelde Wet van 16 mei 1900 werd opgesteld vanuit de bekommernis om de familiehaard te beschermen, is de Wet van 29 augustus 1988 opgesteld met de economische bedoeling de continuïteit van de (geheel of gedeeltelijk deel van een nalatenschap deel uitmakende) landbouwbedrijven (ongeacht het kadastraal inkomen) te verzekeren. Waar de Wet van 16 mei 1900 het bedoelde overnamerecht, behoudens aan de zijde van de erfgenamen "in de rechte lijn", ook bepaalt aan de zijde van de (noch uit de echt, noch van tafel en bed gescheiden) langstlevende echtgenoot, geldt het overeenkomstig de Wet van 29 augustus 1988 bepaalde overnamerecht enkel aan de zijde van de erfgenamen "in de rechte nederdalende lijn". Dit maakt dat laatst vermelde wet inzonderheid toepassing vindt na het openvallen van de nalatenschap van beide ouders, wat de basishypothese is waarbij de voogdij ontstaat (art. 389, eerste lid B.W.) (M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, *t.a.p.*, p. 448, nr. 380 en p. 475, nr. 415).

659 De bedoelde (beide) uitzonderingen kunnen zich bijvoorbeeld voordoen indien, na het overlijden van beide ouders, een meerderjarige broer of zus als (toeziende) voogd wordt aangesteld ten behoeve van een andere, minderjarige broer of zus en deze (toeziende) voogd een en ander overneemt mits uitbetaling van het aan deze laatste toekomende deel.

C. VERDELING

660 Ten slotte is het de (toeziende) voogd ook toegestaan om goederen van zijn pupil te verwerven naar aanleiding van een minnelijke verdeling (art. 1206 en 1225 Ger.W.) dan wel een gerechtelijke verdeling (art. 1207-1225 Ger.W.), waarmee de wetgever een bestaande praktijk bevestigt (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Ant-

werpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 70; Vz. Rb. Luik 24 juni 1996, *J.L.M.B.* 2000, 806).

De aanstelling van een (toeziende) voogd *ad hoc* is aangewezen (Rb. Brussel 4 juni 1987, *Jur. Liège* 1988, 363).

Zie ook: G. VAN OOSTERWYCK, "Enkele raakpunten tussen huwelijksgoederenrecht en voorlopig bewind", in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, p. 762-763, nr. 5.6.

Anders dan het Hof van Beroep te Brussel in zijn arrest van 21 januari 1981 oordeelt (Brussel 21 januari 1981, *Rev. not. b.* 1982, 213), is het aldus de voogd niet zonder meer verboden om, in het raam van een minnelijke verdeling, tot overname over te gaan van de onverdeelde aandelen van zijn pupillen in het onroerend goed waarin hij met hen deelgerechtigd is.

AFDELING II

INHUURNEMING DOOR DE (TOEZIENDE) VOOGD VAN GOEDEREN VAN DE PUPIL

661 Krachtens het oude artikel 450, derde lid B.W. mocht de voogd de goederen van zijn pupil niet in huur nemen, tenzij de familieraad (gelet op de voor de hand liggende belangentegenstelling in de zin van het oude art. 420 B.W.) de toeziende voogd heeft gemachtigd ze aan de voogd in huur te geven (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1275, nr. 1385 en p. 1290, nr. 1406).

662 Thans kunnen, krachtens artikel 411 B.W., de voogd en de toeziende voogd de goederen van de pupil slechts in huur nemen voorzover de vrederechter daartoe op schriftelijk verzoek machtiging verleent. In dat geval bepaalt nu de vrederechter, in het raam van zijn machtigingsbeschikking, de huurvoorwaarden, alsook de bijzondere waarborgen verbonden aan de aldus toegestane huur.

HOOFDSTUK VI LINK MET HET OUDERLIJKE GOEDERENBEHEER

AFDELING I

EXTRAPOLATIE VAN HET MACHTIGINGSVEREISTE BEDOELD IN ARTIKEL 410 B.W.

663 De wetgever van 27 maart 2001 en 29 april 2001 voert een zeer grondige hervorming van het voogdijrecht door.

Een van de grote krachtlijnen van deze hervorming betreft de volledige afschaffing van de zogeheten “gedeeltelijke voogdij”. De gedeeltelijke voogdij ontstond in alle gevallen waarin een minderjarige slechts één ouder (meer) had: in de regel nam die ene ouder het wettelijke beheer van de goederen van zijn minderjarig(e) kind(eren) waar in zijn hoedanigheid van voogd en niet meer als titularis van het ouderlijk gezag, waarvan hij wel alle overige attributen behield.

Zie voor een verhelderende toepassing: Rb. Brussel 18 december 1979, *Rev. not. b.* 1981, 328.

Had de minderjarige daarentegen geen ouders meer, dan werd een zogeheten “volledige” voogdij ingericht.

Thans ontstaat de voogdij enkel nog wanneer beide ouders ongeschikt of niet meer beschikbaar zijn om het ouderlijk gezag (naar behoren) te laten functioneren (art. 389 B.W.). De voogdij ontstaat voortaan niet meer bij het overlijden van één ouder. Evenmin wordt de voogdij nog ingericht ten aanzien van het kind waarvan de afstamming slechts met één ouder vaststaat, dit zijn voornamelijk de gevallen van de ongehuwde moeders, alsook de gevallen waarin de vaderlijke afstamming aan de zijde van de echtgenoot van de gehuwde moeder werd betwist (zonder verdere vaststelling van een vaderlijke afstamming). Die ene ouder oefent thans het exclusieve ouderlijk gezag uit zowel wat de persoon van het minderjarige kind als wat het beheer van diens vermogen betreft.

In die optiek bepaalt artikel 375, eerste lid B.W. dat, indien de afstamming niet is vastgesteld ten aanzien van een van de ouders of indien een van beiden overleden of afwezig is dan wel in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, de andere ouder dat gezag alleen uitoefent. Luidens artikel 375, tweede lid B.W. moet (enkel nog) een voogdijregeling worden uitgewerkt, als van beide ouders er geen overblijft die in staat is het ouderlijk gezag uit te oefenen. Opmerkelijk genoeg blijft deze bepaling geplaatst onder Afdeling I “De persoon van het kind” van Titel IX “Ouderlijk gezag” van Boek I van het Burgerlijk Wetboek. Het was echter beter geweest het vermelde geval van ontstaan van de voogdij in te voegen in Hoofdstuk II “Voogdij” van Titel X.

Zie ook: B. POELEMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", in P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 146, nr. 258.

Artikel 375 B.W. werd ingevoerd door de Afstammingswet van 31 maart 1987, waarbij noch het begrip "afwezigheid" noch het begrip "onmogelijkheid om zijn wil te kennen te geven" nader zijn omschreven (zie terzake: H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet", *Not. Fisc. M.* 2001, 214).

De bedoelde bepaling kent thans een (verruimde) draagwijdte die de "persoon van het kind" overstijgt (M. VERRYCKEN, "Openvallen en organisatie van de voogdij", in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 10, nr. 21).

664 In het raam van voormelde hervorming redigeert de wetgever onder meer een belangwekkend nieuw artikel 410 B.W.

Zie voor een uitvoerige bespreking van deze bepaling: S. MOSSELMANS, "Art. 410 B.W.", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2003, 112 p.; S. MOSSELMANS, "Het machtigingsvereiste in de zin van artikel 410 B.W.", *Cahier ABG 2004*, Gent, Larcier, 2003, 111 p. Ingevolge de in artikel 378 § 1, eerste lid B.W. bepaalde extrapolatie geldt, behoudens een en andere nuancering, hetgeen aldaar wordt besproken omtrent de belangrijke (rechts)handelingen waarvoor machtiging is vereist, *mutatis mutandis* ook voor de ouder(s).

Hier rijst de vraag of, en zo ja in welke mate, het toepassingsgebied van artikel 410 B.W. dat van de voogdij overstijgt wat de uitoefening van het ouderlijk gezag betreft (art. 378 B.W.).

665 Indien de minderjarige twee ouders heeft en zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uitoefenen (art. 373, eerste lid en 374, eerste lid B.W.), beheren zij (krachtens art. 376, eerste lid B.W.) ook gezamenlijk zijn goederen. Bovendien treden zij gezamenlijk als zijn vertegenwoordigers op. Het speelt hierbij geen enkele rol of de ouders al dan niet samenleven.

Zie bv.: Antwerpen 6 maart 2002, *NjW* 2002-03, 97.

In artikel 376, tweede lid B.W. heeft de wetgever (van 13 april 1995), net zoals inzake de gezamenlijke uitoefening van het gezag over de persoon (art. 373, tweede lid B.W.), een vermoeden van instemming van de andere ouder bij alleenoptreden van één ouder ingevoerd ten opzichte van derden te goeder trouw, dit is wanneer hij alleen een daad van beheer van de goederen van het kind stelt (behoudens de bij wet bepaalde uitzonderingen).

Zie inzake de (wetgevende) hervormingen van 13 april 1995 "betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag" (*B.S.* 23 mei 1995): P. SENAËVE, "Algemene beschouwingen rond de Wet van 13 april 1995", in P. SENAËVE, (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 21-63, nrs. 1-97.

Volgens de tekst van de wet geldt dit vermoeden (van instemming) evenwel enkel voor het door een ouder alleen verrichte vermogensbeheer, met uitsluiting van de daden van beschikking. Dit zou betekenen dat de ouders steeds samen de materiële rechtshandelingen (van beschikking, bv. een vervreemding) alsook de respectieve proceshandelingen moeten stellen.

Zie: B. POELEMANS, *t.a.p.*, p. 115-121, nrs. 193-206, die evenwel, aansluitend bij het Franse systeem, geen letterlijke lezing van artikel 376, tweede lid B.W. voorstaat en in die optiek stelt

(p. 118, nr. 196) dat “het vermoeden van instemming aldus niet beperkt is tot de daden van beheer in de technische zin van het woord, doch ook geldt voor de daden van beschikking”.

Zie hierover ook: T. MOREAU en J. SOSSON, “La loi du 13 février 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens des mineurs”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 697-698.

Elke ouder (die zijn kind vertegenwoordigt) wordt dan geacht (ook inzake de vertegenwoordiging in rechte) ten opzichte van derden te handelen met een stilzwijgend mandaat van de andere ouder voor alle handelingen die de voogd zonder enige machtiging kan stellen.

Dit lijkt me, zeker voor de ouders die samenleven en dienvolgens gezamenlijk het ouderlijk gezag (over de persoon en over de goederen van de minderjarige) uitoefenen, de meest praktische oplossing te zijn.

666 Oefenen de ouders het gezag over de persoon van het kind niet gezamenlijk uit (art. 374, tweede tot vijfde lid en 375, eerste lid B.W.), dan heeft (krachtens art. 376, derde lid B.W.) alleen de ouder die dat gezag uitoefent, (in beginsel) het recht om de goederen van het kind te beheren en het kind te vertegenwoordigen (behoudens de bij wet bepaalde uitzonderingen) (B. POELEMANS, *t.a.p.*, p. 128-130, nrs. 224-228). De andere ouder heeft wel een toezichtsbevoegdheid (art. 376, vierde lid B.W.).

Zie omtrent die toezichtsbevoegdheid: Antwerpen 12 september 2003, *NjW* 2003-04, 1405.

Verder oefent thans, in voorkomend geval, de enige (gebeurlijk de langstlevende, dan wel de enige tot een geldige wilsuiting in staat zijnde) ouder alleen het ouderlijk gezag uit, zowel het gezag over de persoon als het beheer van de goederen met inbegrip van de vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 375, eerste lid en 376, derde lid B.W.).

Vgl.: Vred. Kortrijk (tweede kanton) 31 januari 2002, *T.Vred.* 2003, 178.

667 Het voormelde gezamenlijk dan wel alleenoptreden van de ouder(s) diende evenwel te worden gerelativeerd in het licht van het oude artikel 378, eerste lid B.W., volgens welk (waar de gezamenlijk dan wel alleen optredende ouders in de regel optraden zonder aan enige vormvereiste te zijn onderworpen) voorafgaande machtiging van de rechtbank van eerste aanleg was vereist om die handelingen te verrichten waarvoor de voogd de (voorafgaande) machtiging van de familieraad en homologatie door de rechtbank van eerste aanleg moest aanvragen. Bij deze procedure werden, hoe dan ook, (in voorkomend geval, *quod plerumque fit*) beide ouders betrokken (oud art. 378, tweede lid B.W. en 1186, derde lid Ger.W.).

Dit betrof inzonderheid de vervreemding van onroerende goederen (oud art. 1186, derde lid Ger.W.) evenals van roerende goederen (Cass. 6 mei 1943, *Pas.* 1943, I, 157), de lening (oud art. 457, eerste lid B.W.), de hypotheekstelling van onroerende goederen (oud art. 457, eerste lid B.W.), het beding van onverdeeldheid met betrekking tot de goederen van de minderjarige (oud

art. 457, eerste lid B.W.) en de dading over betwiste rechten van de minderjarige (oud art. 467 B.W.).

Vgl.: Rb. Hoi 25 november 1987, *Ann. dr. Liège* 1988, 341 (noot A. JACOBS) inzake de nietigheid van een door de ouders namens het minderjarige slachtoffer van een verkeersongeval gesloten dading met de verzekeringsmaatschappij van de aansprakelijke.

De handelingen waarvoor de voogd wel de (voorafgaande) machtiging van de familieraad nodig had doch niet de homologatie door de rechtbank van eerste aanleg, konden de ouders vormvrij stellen. Aldus: de aanvaarding (onder voorrecht van boedelbeschrijving) dan wel de verwerping van een aan de pupil toegevallen nalatenschap (oud art. 461 B.W.), het instellen van een vordering betreffende onroerende rechten van de pupil (oud art. 464 B.W.; Gent 23 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 371, noot R. PASCARIELLO), de wederbelegging van kapitalen van de minderjarige (oud art. 61, tweede lid Hyp.W.) en het in huur nemen van de goederen van de minderjarige (oud art. 450, derde lid B.W.).

A fortiori waren de ouders “vormvrij” voor het stellen van de handelingen waarvoor de voogd evenmin vormvereisten moest naleven (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1257-1261, nrs. 1368-1370). Aldus bijvoorbeeld: de aankoop van een onroerend goed mits contante betaling, de inpandgeving van een roerend goed en het instellen van een vordering betreffende roerende rechten van de pupil of de staat van zijn persoon.

668 Krachtens (het gewijzigde) artikel 378 § 1, eerste lid B.W., is thans voor de ouder(s) de machtiging van de vrederechter vereist om de in artikel 410 § 1 bepaalde (rechts)handelingen te verrichten waarvoor (ook) de voogd de bijzondere machtiging van de vrederechter moet verkrijgen.

Ook in Nederland somt de wetgever een lijst op met handelingen waarvoor de voogd de machtiging van de “kantonrechter” nodig heeft (art. 345 van Boek I van het N.B.W.), die hij dan, via doorverwijzing, toepast ten aanzien van de ouders (art. 253k van Boek I van het N.B.W.).

Dit zijn er een pak meer dan voorheen: zelfs bepaalde handelingen die vroeger zowel de ouder(s) als de voogd vormvrij konden stellen, aldus bijvoorbeeld de aankoop van een onroerend goed mits contante betaling en de inpandgeving van een roerend goed (H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 47, nr. 38).

Blijkbaar acht de wetgever het logisch het (voorheen bestaande) parallellisme tussen de regels die van toepassing zijn inzake de voogdij en die welke gelden voor minderjarigen onder ouderlijk gezag (waarbij vroeger het machtigingsvereiste van de rechtbank van eerste aanleg gold voor diezelfde handelingen waarvoor ook de voogd de machtiging van de familieraad en homologatie door de rechtbank van eerste aanleg moest aanvragen) door te trekken (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 14).

Op die manier neemt de wetgever alsmaar meer afstand van het eertijdse uitgangspunt dat het ouderlijke goederenbeheer, anders dan de voogdij over de goederen van minderjarigen, in beginsel niet is onderworpen aan bijzondere controle- en beveiligingsmaatregelen (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, I, *Introduction – Théorie générale des droits et des lois – Les personnes – La famille*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 922-924, nrs. 796-796bis). Het wezenlijke verschil tussen beide vormen van goederenbeheer zou nochtans hierin liggen ...

AFDELING II

BEVOEGDHEID VAN DE VREDERECHTER

§ 1. Materiële bevoegdheid

669 Sinds de Wetten van 27 maart en 29 april 2001 is niet langer de rechtbank van eerste aanleg doch wel de vrederechter materieelrechtelijk bevoegd.

Luidens artikel 594, *sub* 6° Ger.W. doet de vrederechter op verzoekschrift uitspraak: “op verzoeken die bij hem worden ingediend ter uitvoering van artikel 378 B.W.”.

Deze bevoegdheid is bijzonder, zij het niet exclusief (P. VAN ORSHOVEN, *Kort begrip van het gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, K.U.Leuven, 2001, 99).

Vgl.: G. CLOSSET-MARCHAL, “Administration légale par les père et mère – Aspects de droit judiciaire privé”, in U.C.L. – CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE DE L’U.C.L. (ed.), *Tutelle et administration légale – Questions d’application de la loi du 29 avril 2001*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2002, 3.

§ 2. Territoriale bevoegdheid

A. GEMEEN RECHT

670 In tegenstelling tot de geschillen op tegenspraak (art. 624 Ger.W.) heeft de wetgever geen algemene gemeenrechtelijke bepalingen aangenomen voor de territoriale bevoegdheid op eenzijdig verzoekschrift. Uit artikel 624 Ger.W. kan niets worden afgeleid, daar dit artikel niet op de willige rechtspraak van toepassing is, ook niet indien de zaak slechts door één van de ouders bij de vrederechter aanhangig wordt gemaakt. In dit geval moet de andere ouder worden gehoord of ten minste opgeroepen en wordt hij door deze oproeping partij in het geding (art. 378 § 1, vierde lid B.W.). Maar hij wordt geen verwerende partij in de zin van artikel 624, *sub* 1° Ger.W.

Anders: G. VAN OOSTERWYCK, “Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding”, in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 205, nr. 285.

De toepassing van het gemene recht houdt in dat vooreerst specifieke bevoegdheidsregelingen moeten worden toegepast. Zo is de rechter van de plaats van de ligging van het goed bevoegd voor vorderingen aangaande zakelijke rechten op onroerende goederen alsmede voor een aantal geschillen betreffende deze goederen (art. 629, *sub* 1° Ger.W.). Heeft de vordering betrekking op onroerende goederen die afhangen van een nalatenschap, dan is de vrede-rechter van de plaats waar de nalatenschap is opengevallen, bevoegd (art. 627, *sub* 3° Ger.W.).

671 Maar welke vrederechter is bevoegd, benevens de vermelde specifieke bevoegdheidsregelingen?

Vóór de Wetten van 27 maart en 29 april 2001 nam de (meerderheids)rechtsleer aan dat in de regel de rechter van de woonplaats van de ouders dan wel de rechter van de woonplaats van de verzoekende ouder territoriaal bevoegd was om van een verzoek tot machtiging (in de zin van het oude art. 378, eerste lid B.W.) kennis te nemen (G. VAN OOSTERWYCK, *t.a.p.*, p. 205, nr. 285).

Sinds de Wetten van 27 maart en 29 april 2001 moet de vordering, buiten de vermelde (specifieke) gevallen, worden ingeleid voor de rechter van de burgerlijke woonplaats van de minderjarige (Vred. Sint-Gillis 28 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 210, noot).

De burgerlijke wetgeving inzake het ouderlijk gezag bevat geen enkele verwijzing naar het Gerechtelijk Wetboek. Territoriaal bevoegd is dus de vrederechter van de woonplaats van het kind in de zin van artikel 108, eerste lid B.W. of, bij gebreke daarvan, de vrederechter van de verblijfplaats van het kind.

Zie: H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet – Een eerste toelichting ten behoeve van het notariaat", in K.F.B.N. (ed.), *Vormingsavonden – Recente wetgeving*, Antwerpen, 2001, 6; H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 49, nr. 38; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, p. 1533, nr. 163; M. VERRYCKEN, "De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 76.

Zie ook, zij het zonder verwijzing naar artikel 108 B.W.: A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed – Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 103, nr. 248; F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *R.W.* 2001-02, p. 19, nr. 96.

Deze laatste opteren voor een analoge toepassing van de bevoegdheidsregeling inzake de voogdij en beroepen zich hiervoor op artikel 50 § 2 B.W. waarin verwezen wordt naar artikel 390 B.W. (zie ook: Arrondrb. Luik 22 november 2001, *J.L.M.B.* 2003, 417). In artikel 50 § 2 B.W. wordt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand voorgeschreven in alle gevallen van een overlijden met minderjarige kinderen van dit overlijden kennis te geven aan de op grond van artikel 390 B.W. bevoegde vrederechter. Gelet op de talrijke wijzigingen die het artikel 50 B.W. in de loop van de parlementaire besprekingen heeft ondergaan en de weinig coherente wijze waarop dit artikel is tot stand gekomen, is het zeer de vraag of de alleenlijke verwijzing in dit artikel een voldoende verantwoordiging is voor een analoge toepassing van de territoriale bevoegdheid inzake de voogdij. Met de Reparatiewet van 13 februari 2003 is de discussie achterhaald: zij schrijft een bevoegdheidsregeling in in artikel 378 B.W. en dat is de plaats waar deze thuishoort (W. PINTENS, "De voogdijwet herbekeken – Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003", *T.Vred.* 2003, p. 124-126, nr. 4).

672 Toch heerste onduidelijkheid.

Zie terzake: C. CAPITAINE, "Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale", in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 163.

Zo bracht het gebrek aan een uitdrukkelijke regeling de Vrederechter van het tweede kanton te Kortrijk ertoe het volgende te besluiten: "Vóór de wetwijziging van 29 april 2001 voorzag geen enkele wetsbepaling erin dat de ouders enige machtiging nodig hadden om namens hun minderjarige kinderen een nalatenschap te verwerpen, evenmin om hun minderjarige kinderen te vertegenwoordigen als eiser in eender welke rechtspleging. De wet voorziet thans wel in een "machtiging van de vrederechter", maar de wetgever heeft niet bepaald welke vrederechter die machtiging kan en mag verlenen. Geen enkele wetsbepaling laat toe vast te stellen welke vrederechter bevoegd is. Zolang de wetgever de Wet van 29 april 2001 niet heeft vervolledigd door te bepalen welke vrederechter de bedoelde machtiging mag verlenen, kan noch een door de ouders namens hun minderjarige kinderen gedane verwerping van nalatenschap (Vred. Kortrijk (tweede kanton) 26 november 2001, inzake met A.R. nr. 01.B12, *onuitg.*) noch de geldigheid van de proceshandelingen van ouders die hun kinderen vertegenwoordigen als eiser in eender welke rechtspleging (Vred. Kortrijk (tweede kanton) 31 januari 2002, *T.Vred.* 2003, 180) worden aangevochten wegens het ontbreken van machtiging. Tot zolang kunnen de ouders (zonder machtiging) ageren bij toepassing van artikel 376, eerste lid B.W."

Met betrekking tot de vereiste machtiging om een nalatenschap te verwerpen, merkt de Vrederechter nog op dat "artikel 627, *sub* 3° Ger.W. weliswaar bepaalt dat de rechter van de plaats waar de nalatenschap is opgevallen, bevoegd is voor vorderingen tot verdeling, voor vorderingen tot opvordering van nalatenschappen en voor alle andere vorderingen tussen mede-erfgenamen of legatarissen, maar dat dat wetsartikel niet kan worden toegepast op een verzoek dat ertoe strekt een machtiging te bekomen om een nalatenschap te verwerpen" (Vred. Kortrijk (tweede kanton) 26 november 2001, inzake met A.R. nr. 01.B12, *onuitg.*).

Dergelijke ietwat cynisch aandoende rechtspraak kan geen bijval genieten.

Zie ook: L. CARENS, "Commentaar met betrekking tot de praktische toepassing van de recentste wetwijzigingen in verband met ouderlijk gezag en voogdij aan de hand van rechtspraak en voorbeelden", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 159, nr. 12; W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 123-124, nr. 3.

Waar de wetgeving gebeurlijk een leemte vertoont, is het aan de rechtspraak om deze creatief te verhelpen, niet om ze in de verf te zetten ten koste van de rechtzoekende.

Niettemin was het aan de wetgever "om de regels te verduidelijken en veranderingen te vermijden waardoor de rechtzoekenden tijd verliezen" (*Parl. St. Senaat* 2001-02, 2-1058/3, p. 3).

B. UITDRUKKELIJKE ALGEMENE REGELING

673 De verhoopte uitdrukkelijke regeling is er gekomen met de Reparatiewet van 13 februari 2003.

Zie hierover ook: W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 123-127, nrs. 3-6.

De wetgever preciseert nadrukkelijk in artikel 378 § 1, tweede lid B.W. dat in de regel bevoegd is, de vrederechter van de woonplaats in België van de minderjarige en, bij ontstentenis daarvan, die van de verblijfplaats in België van de minderjarige: “De vrederechters hebben het nodig geacht hun territoriale bevoegdheid te omschrijven om de regels te verduidelijken en verwijzingen te vermijden waardoor de rechtzoekenden tijd verliezen. De regel geeft voorrang van bevoegdheid aan de vrederechter van de woonplaats van de minderjarige of, bij ontstentenis, van de verblijfplaats van de minderjarige.” (*Parl. St. Senaat 2001-02, 2-1058/3, p. 3*).

Bevoegd is vooreerst de vrederechter van de woonplaats in België van de minderjarige.

In tegenstelling tot de voorgedij wordt niet verwezen naar de woon- en verblijfplaats van het artikel 36 Ger.W. zodat mag worden aangenomen dat onder woonplaats niet de plaats waar de persoon in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf en evenmin onder verblijfplaats iedere andere vestiging moet worden verstaan, maar dat impliciet wordt verwezen naar de woonplaats van het Burgerlijk Wetboek (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 124-126, nr. 4). Artikel 378 B.W. verwijst immers uitsluitend naar de machtigingen vermeld in artikel 410 B.W., maar neemt de bevoegdheidsregeling van artikel 390 B.W. niet over, zodat hier niet naar het artikel 36 Ger.W. wordt verwezen.

De in artikel 378 § 1, tweede lid B.W. bedoelde woonplaats is dus deze in de zin van artikel 108, eerste lid B.W.

Vgl.: K. BOONE en S. LEFEBVRE, “Beheer van de effectenportefeuille van een minderjarige”, *T. Fin. R.* 2003, p. 538, nr. 35, die stellen dat de in artikel 378 § 1, tweede lid B.W. bedoelde woonplaats evengoed deze kan zijn in de zin van artikel 36 Ger.W., aangezien dit laatste woonplaatsbegrip geldt voor alle proceshandelingen en bevoegdheidsbepalingen (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak (1995-2000): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 2001, p. 1724, nr. 245).

Indien de minderjarige twee (al dan niet gehuwd) samenlevende ouders heeft, valt zijn woonplaats samen met de gezamenlijke verblijfplaats van de ouders. Leven de ouders niet samen, dan heeft de minderjarige zijn woonplaats bij een van hen. De vraag is: welke ouder? Ingeval een ouder het exclusieve ouderlijk gezag (over de persoon en de goederen) waarneemt, ligt het voor de hand dat het kind zijn woonplaats bij die ouder heeft (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, I, Leuven, Acco, 2004, p. 139-140, nr. 316). Dit is ook zo als er maar één ouder is. Ingeval de niet-samenlevende ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen, bestaat er een lacune in de wet: wellicht geldt

de plaats waar het kind hoofdzakelijk verblijf houdt (art. 102 B.W.). *Quid* in geval van een strikt afgemeten co-ouderschap met gelijkelijk verblijf? Dan toch maar de plaats waar het kind in de bevolkingsregisters is ingeschreven?

Heeft de minderjarige geen (burgerrechtelijke) woonplaats in België, dan is de vrederechter van zijn verblijfplaats bevoegd. Hierbij zij opgemerkt dat de (niet-ontvoogde) minderjarige moet verblijven bij de ouder die over hem het ouderlijk gezag (over de persoon) uitoefent, minstens op de plaats die deze ouder aanwijst. Artikel 7 § 3 van het K.B. van 16 juli 1992 “betreffende de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister” bepaalt ten andere dat de minderjarige die voor het eerst de verblijfplaats van de ouder(s) verlaat, voor de eerste verklaring van wijziging van inschrijving in de bevolkingsregisters moet worden bijgestaan door minstens één van de personen die over hem het gezag uitoefenen: bij latere verblijfsveranderingen is deze bijstand niet meer vereist.

Quid bij ontstentenis van woon- of verblijfplaats in België?

Artikel 378 § 1, tweede lid B.W. vervolgt dat, bij ontstentenis van woon- of verblijfplaats in België, de vrederechter van de laatste gemeenschappelijke woonplaats (in België) van de ouders bevoegd is. Ontbreekt die eveneens, dan is het de vrederechter van de laatste gemeenschappelijke verblijfplaats.

De wetgever werkt hiermee een complexe cascade van bevoegde rechters uit, die los staat van de bevoegdheidsregeling inzake de voogdij. Een verwijzing naar de vrederechter van de woonplaats van de minderjarige of bij gebreke daarvan naar de vrederechter van de verblijfplaats van de minderjarige of een verwijzing naar de bevoegdheidsregeling inzake de voogdij had kunnen volstaan (T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 708-709). Een amendement in die zin is nochtans verworpen (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 1772/003, p. 3): de auteur van het amendement wees erop dat het in de praktijk hoe dan ook zelden zal voorkomen dat een minderjarige noch een woonplaats noch een verblijfplaats heeft in België en er toch een machtiging in België vereist is en dat er in dat geval nog altijd een woonplaats in België kan worden gekozen (*Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 1772/007, p. 14). Dit laatste kan worden betwijfeld: de regels over woon- en verblijfplaats in België (art. 378 § 1, tweede lid B.W.) hebben een imperatief karakter en staan geen woonstkeuze toe. In voorkomend geval lijkt het logisch de voogdijregeling als voorbeeld te nemen en de vrederechter van het eerste kanton te Brussel bevoegd te verklaren.

C. MOGELIJKHEID TOT CORRECTIE

674 Dat de vermelde regeling geen sluitend karakter vertoont, moge voor zich spreken.

Mede hierom voorziet artikel 378 § 1, derde lid B.W. in een mogelijkheid om te corrigeren: “In het belang van het kind kan de met toepassing van het tweede lid bevoegde vrederechter in een met redenen omklede beschikking beslissen om het dossier over te zenden aan de vrederechter van het kanton waar de minderjarige op duurzame wijze zijn hoofdverblijfplaats heeft gevestigd” (N. GALLUS, “Tutelle et administration légale: la réforme de la réforme”, *Div. Act.* 2003, 76; T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 709). Heeft een pupil zijn woonplaats bij zijn ouders in het ene kanton maar verblijft hij bijvoorbeeld (“duurzaam”) in een instelling in een ander kanton, dan kan de vrederechter bijvoorbeeld het dossier verzenden.

Zie in die zin reeds: Vred. Herstal 25 juni 2002, *T. Vred.* 2004, 236, noot: de Vrederechter te Herstal zendt het dossier van een te Herstal wonende verlengd minderjarige over naar de Vrederechter te Verviers (eerste kanton), dit is de plaats van de instelling waar de pupil resideert.

De beslissing is bindend voor de vrederechter aan wie het dossier wordt verzonden.

675 De vraag rijst of de verzending het gehele procesdossier van de pupil kan betreffen, dan wel verzoek per verzoek moet gebeuren. Doordat de wetgever uitdrukkelijk de territoriale bevoegdheid in de wet heeft opgenomen, mag ervan worden uitgegaan dat deze bepalingen een algemene regel stellen, waarvan enkel verzoek per verzoek kan worden afgeweken (Chr. CASTELEIN, “De reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 14, nr. 22; F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 63, nr. 119).

In de praktijk echter kan de enige werkbare oplossing erin bestaan het gehele procesdossier van de pupil over te zenden (F. SWENNEN, “Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij” en “Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter”, in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepservaringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 36).

D. QUID MET DE SPECIFIEKE BEVOEGDHEIDSREGELS?

676 De vraag rijst in welke mate de vermelde algemene bevoegdheidsregeling uitzonderingen kent naarmate de wetgever specifieke bevoegdheidsregels bepaalt. Zoals reeds aangestipt, duidt artikel 629, *sub* 1° Ger.W. de rechter van de plaats van de ligging van het goed aan als bevoegd voor vorderingen aangaande zakelijke rechten op onroerende goederen alsmede voor een aantal geschillen betreffende deze goederen. Krachtens artikel 627, *sub* 3° Ger.W. is de vrederechter van de plaats waar de nalatenschap is opengevallen, bevoegd wanneer de vordering betrekking heeft op onroerende goederen die afhangen van een nalatenschap.

677 Deze bepalingen kunnen niet impliceren dat de vorderingen, bij toepassing van de artikelen 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1 B.W. uitgaande van de ouders, voor de rechter van de plaats van de ligging van het goed of voor de vrederechter van de plaats waar de nalatenschap is opengevallen moeten worden gebracht.

Zie ook: Vred. Antwerpen (twaalfde kanton) 20 december 2002, *T. Vred.* 2004, 207, noot, met betrekking tot de vraag tot verkoop van een appartement te Oostende.

Sinds de Reparatiwet van 13 februari 2003 voorziet artikel 378 § 1, tweede en derde lid B.W. in een *forum* van het ouderlijk gezag: de ouders zijn dan ook verplicht hun vorderingen in te leiden bij de door deze bepalingen aangewezen vrederechter.

Dit blijft het geval, ook al betreft het een onroerend goed waarin de minderjarige samen met een of meerdere andere bekwame personen deelgerechtigd is en een van deze laatsten het initiatief neemt tot verkoop van het onverdeelde goed. Alsdan is, overeenkomstig artikel 1187 Ger.W., de vrederechterlijke machtiging vereist. Het lijkt verdedigbaar te stellen dat deze initiatiefnemers zich moeten richten tot de vrederechter van het vermelde *forum* van het ouderlijk gezag. De vrederechterlijke procedure strekt tot verificatie van het belang van de pupil, zij het dat dit kan botsen op het in artikel 815 B.W. verwoorde algemene beginsel. De vrederechter van het *forum* van het ouderlijk gezag is bevoegd, ook al gaat het initiatief tot verkoop uit van de andere (bekwame) deelgerechtigden. De reden waarom men naar de vrederechter moet stappen, is immers te vinden in de onbekwaamheid van een van de deelgenoten.

Deze zienswijze wordt volmondig onderschreven door de Vrederechter te Westerlo in zijn beschikking van 21 oktober 2003 (Vred. Westerlo 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1513, noot F. SWENNEN, *T. Vred.* 2004, 216). Bekwame deelgerechtigden vragen de vrederechter (onder andere) om een hen samen met twee minderjarigen toebehorend onroerend goed te Geel (en dus buiten het kanton van Westerlo) te mogen vervreemden. De vrederechter verklaart zich bevoegd niettegenstaande de specifieke bevoegdheidsbepaling van artikel 629, eerste lid Ger.W.: sinds de Reparatiwet van 13 februari 2003 voorziet de wetgever in een *forum* van ouderlijk gezag (art. 378 § 1, tweede lid B.W.) en zowel de wettelijke vertegenwoordigers als de bekwame deelgerechtigden zijn verplicht hun vorderingen in te leiden bij de door de vermelde bepaling aangewezen vrederechter.

678 Anderen opteren voor een gemeenrechtelijke oplossing (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 6).

Zij stellen, met verwijzing naar artikel 629, *sub* 1° Ger.W., respectievelijk naar artikel 627, *sub* 3° Ger.W., dat de andere, meerderjarige en bekwame eigenaars de bedoelde machtiging moeten vragen aan de vrederechter van de plaats waar het onroerend goed gelegen is of, als het goed afhangt van een niet-verdeelde nalatenschap, aan de vrederechter van de plaats waar de nalatenschap is opengevallen. De bekwame deelgenoten putten hun rechten uit

artikel 815 B.W. en zijn vreemd aan de organisatie van het ouderlijk gezag. Er is dan ook geen reden om hen te onderwerpen aan de bevoegdheidsregeling inzake het ouderlijk gezag, indien dit niet uitdrukkelijk afwijkt van de dwingende artikelen 629, *sub* 1° en 627, *sub* 4° Ger.W. De andere oplossing leidt ertoe dat de bekwame deelgenoten aan hun natuurlijke rechter worden onttrokken.

Deze laatste strekking vindt toepassing in: Vred. Comines-Warneton 8 april 2002, *T.Vred.* 2002, 420. De vrederechter voegt eraan toe “que nous sommes compétemment saisi quoique tous les copropriétaires, et notamment les copropriétaires mineurs, soient domiciliés sur territoire français, et que la succession soit ouverte en France” en “que les articles 1187 et 1193 du Code judiciaire s’appliquent sans égard à la nationalité de la personne protégée et déterminent la règle de compétence territoriale internationale en vertu de laquelle la situation des immeubles évince le lieu d’ouverture de la succession” (Rb. Brussel 15 mei 1974, *J.T.* 1974, 622; Rb. Brussel 9 september 1987, *J.L.M.B.* 1988, 1487).

679 Een laatste punt van discussie vormt het geval van de minnelijke verdeling die bij toepassing van artikel 1206 Ger.W. gebeurt door een notaris “onder voorzitterschap en met goedkeuring van de vrederechter”. Aangenomen wordt dat het gaat om de hiertoe in beginsel vormeloos aangezochte vrederechter van het kanton van de standplaats van de instrumenterende notaris (art. 1206, eerste lid Ger.W.) (Vred. Antwerpen 26 januari 1995, *T. Not.* 1995, 377, noot F. BLONTROCK; Y.-H. LELEU en E. VIEUJEAN, “Personnes et Régimes matrimoniaux”, in *Chronique de droit à l’usage du notariat*, XXV, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 1997, 291). De bevoegde vrederechter is dus niet noodzakelijk deze van het voogdijforum en evenmin deze van de plaats van de ligging van het goed of van de plaats waar de nalatenschap is opengevallen. De partijen kiezen vrij hun notaris en de verdeling geschiedt onder het voorzitterschap en met goedkeuring van de vrederechter van het kanton van de standplaats van de notaris (Chr. DE WULF, “Erfenissen, schenkingen en legaten – Verzegeling en boedelbeschrijving – Verdelingen”, in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 345, nr. 779). Op deze wijze bepaalt de keuze van de notaris tevens de bevoegde vrederechter (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 126-127, nr. 6).

Dit valt te betreuren, aangezien de weg wordt geopend naar *forum-shopping*.

Om die reden verklaart de Vrederechter te Sint-Gillis zich onbevoegd om uitspraak te doen over het machtigingsverzoek tot uitonverdeeldheidtredding waarbij buiten het kanton wonende minderjarigen betrokken zijn (Vred. Sint-Gillis 28 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 210, noot). De vrederechter gaat ervan uit dat een uitonverdeeldheidtredding in wezen neerkomt op een “vervreemding” in de zin van artikel 410 § 1 *sub* 1° B.W. Die onderstelt, ook voor de ouder(s) (art. 378 § 1, eerste lid B.W.), een machtiging van de bevoegde vrederechter, dit is deze van de woonplaats van de betrokken minderjarigen.

AFDELING III

PROCEDURE

680 Om de bedoelde machtiging te bekomen, richten de ouders zich tot de vrederechter middels een eenzijdig verzoekschrift in de zin van de artikelen 1026-1034 Ger.W.

Krachtens artikel 378 § 1, vierde lid B.W. beslist de vrederechter over het door de partijen of door hun advocaat ondertekende (eenzijdige) verzoekschrift. Aldus volstaat de handtekening van de partijen, dit in afwijking van de artikelen 1026, *sub* 5° en 1027, eerste lid Ger.W.

681 De artikelen 1233, 1236-1237 Ger.W. inzake “Voogdij over minderjarigen” zijn niet van toepassing.

Zie: K. BOONE en S. LEFEBVRE, *t.a.p.*, p. 539, nr. 36; F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 64, nr. 120; N. DELFORGE en I. VOETEN, “De aan- en verkoop van een onroerend goed door een minderjarige na de nieuwe Voogdijwet”, *Waarvan Akte* 2002, p. 13, nr. 6; A. WYLLEMAN, “De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 312, nr. 702.

Vgl.: A. HEYVAERT, *a.w.*, p. 103, nr. 248.

Zie terzake ook: V. TOLLENAERE, “Procedurale aspecten van de machtiging door de vrederechter met betrekking tot onroerende goederen”, *P&B* 2002, p. 94-95, nr. 50.

Ter illustratie zij verwezen naar een vonnis van de Vrederechter te Moeskroen (Vred. Moeskroen 21 januari 2002, *T.Vred.* 2002, 404).

Anders: G. CLOSSET-MARCHAL, *t.a.p.*, 4.

In navolging van CLOSSET-MARCHAL is ook de Vrederechter te Herstal van oordeel “que la *ratio legis* de l'article 378 C.c. comme d'ailleurs de l'ensemble de la loi est de soumettre tous les mineurs au même régime, quel que soit leur statut” (C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 167-168).

Het zij herhaald dat artikel 594 Ger.W., dat een opsomming bevat van de gevallen waarin de vrederechter op eenzijdig verzoekschrift uitspraak doet, *sub* 6° melding maakt van de verzoeken “ter uitvoering van artikel 378 B.W.”. Zeker is dus dat de artikelen 1026-1034 Ger.W. van toepassing zijn, met dien verstande dat het verzoekschrift mag worden ondertekend “door de partijen of door hun advocaat”.

Naar aanleiding van een verzoek tot machtiging van een moeder om namens haar minderjarige zoon te mogen handelen, overweegt de Vrederechter te Moeskroen “que si le législateur avait voulu ajouter à la procédure prévue à l'article 378 du C.c. les dispositions spécifiques prévues à l'article 1233 du C.J., il n'aurait pas manqué de le faire” en “que la différence dans les procédures applicables s'explique par les liens de parenté qui existent dans le cadre de l'article 378 du C.c. et qui n'existent pas dans celui de l'article 410 du C.c.”. Hij besluit dat artikel 378 B.W. niet begrepen is in de artikelen 1232-1233 Ger.W. die enkel van toepassing zijn met betrekking tot aanvragen gegrond op de artikelen 389-420 B.W., derwijze dat de vijftienjarige pupil *in casu* niet moet worden opgeroepen (art. 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W.) en de tussengekomen

beschikking niet moet worden ter kennis gebracht van het openbaar ministerie (art. 1233 § 1, *sub* 4° Ger.W.).

682 In geval van gezamenlijk ouderlijk gezag, kan het verzoek tot machtiging uitgaan van elk van beide ouders.

De vraag rijst of, in geval van exclusief ouderlijk goederenbeheer door één ouder, het verzoek ook kan uitgaan van de andere ouder. Wanneer men artikel 378 B.W. koppelt aan artikel 376 B.W. luidt het antwoord negatief (J. GERLO, "De persoonsrechtelijke gevolgen van het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAËVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, p. 243-244, nr. 367). Men kan ook voorhouden dat, bij gebrek aan nuance in artikel 378 § 1, eerste en vierde lid B.W., ook de andere ouder dan degene die het ouderlijk gezag uitoefent de machtiging kan vragen. Men mag niet uit het oog verliezen dat ook in geval van exclusief ouderlijk goederenbeheer, beide ouders titularis zijn van het ouderlijk gezag: enkel de uitsluitende uitoefening wordt aan één van beiden opgedragen (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 135, nr. 1066 en p. 142-143, nrs. 1094-1098). Verder heeft de andere ouder dan degene die het ouderlijk gezag uitoefent een toezichtsbevoegdheid en kan hij zich voor een geschillenregeling tot de jeugdrechtbank wenden. Überhaupt heeft hij dan het recht om bij stilzitten van de andere ouder een verzoek tot machtiging in te dienen bij de vrederechter. Ten slotte moet voor ogen worden gehouden dat het verzoek uitgaat van de betrokken ouder in eigen naam en geenszins als wettelijke vertegenwoordiger.

Indien de zaak slechts door een van de ouders bij de rechtbank aanhangig wordt gemaakt, wordt de andere partij gehoord of ten minste bij gerechtsbrief opgeroepen.

Vgl.: H. CASMAN, "De nieuwe voogdijwet – Een eerste toelichting ten behoeve van het notariaat", *t.a.p.*, 37, die blijkbaar het in artikel 378 § 1, vierde lid B.W. bepaalde over het hoofd ziet.

Door die oproeping wordt hij partij in het geding (G. CLOSSET-MARCHAL, *t.a.p.*, 5-6).

Elke partij in het geding kan, gebeurlijk te exclusieven titel, de toepasbare rechtsmiddelen aanwenden.

Aldus ook: W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 126, nr. 5: hoewel artikel 1236 Ger.W. alleen tegen beschikkingen inzake de voogdij in een hoger beroep voorziet, moeten rechtsmiddelen ook mogelijk zijn tegen beschikkingen inzake het ouderlijk gezag.

Volgens CLOSSET-MARCHAL kan ook het openbaar ministerie hoger beroep aantekenen, dit in het belang van het kind (art. 138, tweede lid Ger.W.; G. CLOSSET-MARCHAL, *t.a.p.*, 6).

Elk van beide ouders kunnen dus verzet en/of hoger beroep instellen tegen de beschikking van de vrederechter die bijvoorbeeld de gevraagde machtiging weigert.

Is de waarde van het geschil niet bepaalbaar, dan staat steeds hoger beroep open (art. 619 Ger.W.).

Hoger beroep moet worden aangetekend binnen een maand na de kennisgeving van de beschikking (art. 1031 Ger.W.). De zaak wordt behandeld in een kamer met drie rechters van de rechtbank van eerste aanleg (art. 109*bis* § 3 Ger.W.).

683 Ten tijde van de parlementaire voorbereiding van de Reparatiewet van 13 februari 2003 is voorgesteld om de machtiging bij verzoekschrift te vereenvoudigen tot een machtiging die “schriftelijk” moet worden gevraagd door de ouders die het ouderlijk gezag uitoefenen of door hun advocaat (*Parl. St. Kamer 2001-02, 50 1772/004, p. 3-4*). De verantwoording luidt als volgt: “Artikel 378 B.W. bepaalt dat de ouders de machtiging van de vrederechter moeten vragen door middel van een verzoekschrift. Aangezien een verzoekschrift moet voldoen aan een aantal formele in het Gerechtig Wetboek opgesomde voorwaarden, zullen veel ouders een beroep doen op een advocaat, om zeker te zijn dat hun verzoekschrift de verplichte vermeldingen zal bevatten en dus niet nietig zal worden verklaard. Deze formaliteit brengt bijkomende kosten en tijdverlies met zich mee. Het feit dat ouders een machtiging aan de vrederechter moeten vragen bij verzoekschrift en zij hierop tevens rolrecht moeten betalen, maakt het vredegerecht niet toegankelijk. Het moet derhalve mogelijk zijn dat de ouders het verzoek tot machtiging per gewone brief aanvragen.”.

Het bedoelde amendement is verworpen. Het vereiste van een “schriftelijke” aanvraag is hoe dan ook te vaag: “Het biedt niet de mogelijkheid uit te maken of dat verzoek mag worden ingediend aan de hand van een verzoekschrift, een brief dan wel een faxbericht.” (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 16-17*).

Vgl. inzake het voorlopig bewind: artikel 488*bis*, f § 3, derde lid B.W., krachtens welk de vrederechter wordt geadieerd bij “eenvoudig verzoekschrift”; zie dienaangaande: F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 194-195, nr. 409.

AFDELING IV

DOOR DE OUDERS VERSCHULDIGD ROLRECHT

684 Het parallellisme tussen de regels die van toepassing zijn inzake de voogdij en die welke gelden voor minderjarigen onder ouderlijk gezag wordt niet doorgetrokken inzake de griffierechten.

Krachtens artikel 162, *sub* 42° van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten zijn (onder voorbehoud van het in art. 163 bepaalde) “van de formaliteit der registratie vrijgesteld: akten, vonnissen en arresten betreffende procedures inzake de voogdij van minderjarigen, van personen in staat van verlengde minderjarigheid en van onbekwaamverklaarden”. Rolrecht (opstel-

recht) noch expeditierecht zijn verschuldigd (art. 279-280 van het vermelde wetboek).

De bestuurlijke akten zijn ook vrijgesteld van zegelrechten (art. 59-1, *sub* 56° Wetboek van zegelrechten).

Vóór de Wet van 29 april 2001 was de situatie totaal anders. De vrijstelling gold toen wanneer het onvermogen van de minderjarige en dit van zijn ouder(s) bleek uit een getuigschrift van de burgemeester van de verblijfplaats van de betrokkenen. Aan de draagwijdte en de gevolgen van de vervanging van de vroegere tekst van artikel 162, *sub* 42° van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten, die van een sociale bekommernis blijk gaf, door de ongenueanceerde huidige tekst, besteedt de parlementaire voorbereiding geen aandacht. De huidige tekst houdt geen rekening met het feit dat de machtigingsverzoeken voortaan voornamelijk voor minderjarigen onder ouderlijk gezag, en dus niet voor minderjarigen onder voogdij, worden ingediend. De wetgever heeft er geenszins bij stilgestaan dat de bedoelde kosteloosheid wel geldt ten gunste van een gefortuneerde wees maar niet ten gunste van een behoeftige halve wees of ten gunste van een onvermogen kind met minvermogene ouders (A. WYLLEMAN, "Over de kosten van machtigingsverzoeken in het kader van het ouderlijke goederenbeheer", noot onder Arbitragehof 6 november 2002, *R.A.B.G.* 2004, p. 515, nr. 6).

Deze vrijstelling geldt niet voor een ouder die bij toepassing van de artikelen 378 *juncto* 410 B.W. om machtiging verzoekt. Voor elk verzoekschrift dat in de registers der verzoekschriften wordt ingeschreven, wordt een recht van 27 EUR geheven (art. 269-2, *sub* 1° van het vermelde wetboek). Een ouder kan hoogstens rechtsbijstand vragen, ook voor de kosten van de rechtspleging (art. 664 e.v. Ger.W.).

Een weduwe besluit "dat de personen in hun hoedanigheid van ouder en deze in hun hoedanigheid van voogd verschillend behandeld worden, minstens de persoon van de onderscheiden minderjarige kinderen". Naar aanleiding van een verzoek tot machtiging om namens haar minderjarige zoon de nalatenschap van diens vader te mogen aanvaarden (onder voorrecht van boedelbeschrijving) alsmede om bepaalde roerende nalatenschapsgoederen uit de hand te mogen verkopen, stelt zij de vraag of deze verschillende behandeling al dan niet objectief en redelijk verantwoord is. Dienvolgens stelt de Vrederechter van het derde kanton te Gent navolgende prejudiciële vraag aan het Arbitragehof: "Houden de artikelen 378 (§ 1) eerste lid B.W. *juncto* 410 B.W. een schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voor zover griffierechten verschuldigd zijn voor de verzoeken uitgaande van de ouders van een minderjarig kind, terwijl voor de verzoeken bij toepassing van artikel 410 B.W. door de persoon van de voogd over een minderjarig kind krachtens de artikelen 162, *sub* 42° *juncto* 279-280 van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten geen griffierechten verschuldigd zijn?" (Vred. Gent (derde kanton) 27 december 2001, *T.Vred.* 2002, 399).

Bij beschikking van 21 februari 2002 stelt de Vrederechter dezelfde prejudiciële vraag, ditmaal naar aanleiding van een verzoek tot machtiging uitgaande van twee ouders die namens hun minderjarige kinderen de nalatenschap van een oom wensen te verwerpen.

Het Arbitragehof herformuleert de vraag als: "Schendt artikel 279-1 van het Wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten, voor zover het verwijst naar artikel 162, *sub* 42° van hetzelfde wetboek, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat het de verzoeken tot machtiging door de vrederechter,

uitgaande van een voogd (art. 410 B.W.), vrijstelt van het rolrecht terwijl dezelfde verzoeken tot machtiging door de vrederechter, uitgaande van de ouders (art. 378 B.W.), niet van het rolrecht zijn vrijgesteld?”

Het Arbitragehof merkt op dat de prejudiciële vraag geen betrekking heeft op de gelijke behandeling van de ouders en de voogd inzake het machtigingsvereiste zelf. Het Hof vervolgt dat het uiteraard in de eerste plaats aan de wetgever toekomt te oordelen in hoeverre hij een fiscale vrijstelling invoert, handhaaft en vervangt. Indien daardoor een verschil in behandeling tussen categorieën ontstaat, moet dat verschil objectief en in redelijkheid te verantwoorden zijn ten aanzien van de nagestreefde doelstelling. Door de vrijstelling toe te kennen op grond van het criterium dat de voogdij is ontstaan en derhalve dat beide ouders zijn overleden, begunstigt de wetgever een categorie van belastingplichtigen waarvan redelijkerwijze kan worden aangenomen dat zij het meest beantwoordt aan de sociale doelstelling die steeds, ook reeds vóór de Wet van 29 april 2001, met de vrijstelling is beoogd. Het Hof besluit dat, mede gelet op het beperkte bedrag van het rolrecht, de uitsluiting van andere belastingplichtigen van de vrijstelling niet als kennelijk onevenredig kan worden beschouwd: het antwoord op de vermelde vraag luidt dan ook ontkennend (Arbitragehof 6 november 2002, *R.A.B.G.* 2004, 508, noot A. WYLLEMAN, *R.W.* 2002-03, 981, noot F. SWENNEN, *T. Vred.* 2004, 204, noot).

Het Arbitragehof ziet dus geen graten in het feit dat een voogd geen rolrecht moet betalen voor een verzoek tot machtiging en een ouder wel. Het moet nu duidelijk zijn dat de wettelijke vrijstelling van rolrecht voor de voogd niet kan worden uitgebreid tot de ouders.

Terecht doet WYLLEMAN de redenering van het Arbitragehof als “merkwaardig” af (A. WYLLEMAN, “Over de kosten van machtigingsverzoeken in het kader van het ouderlijke goederenbeheer”, *t.a.p.*, p. 516, nr. 8). Uit de vaststelling dat het al dan niet onvermogen is voor de wetgever (wellicht totaal onbewust) geen rol meer speelt bij de toekenning van de vrijstelling, zou men redelijkerwijze moeten afleiden dat de vrijstelling geen sociale doelstelling heeft. Het verlenen van een geldelijke gunst aan een wees, om de enkele reden van het ouderloos zijn op zich, los van de vermogenstoestand, heeft veeleer een emotionele dan wel een sociale doelstelling. Kan deze dan de ongelijke behandeling verschonen?

Zie dienaangaande ook: C. CAPITAINE en S. THIELEN, “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 116, die vinden “qu’il y a là deux poids et deux mesures difficilement justiciables auprès de parents de milieu modeste, appelés par exemple à solliciter l’autorisation de renoncer à une succession, et qui devront payer 27 EUR, alors que le tuteur d’un mineur riche sera exempté pour demander l’autorisation d’accepter sous bénéfice d’inventaire une succession importante”; Chr. CASTEILEIN, *t.a.p.*, p. 29, nr. 59, voetnoot 123; M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 68; G. VERSCHULDEN, “Ouders moeten rolrecht blijven betalen voor machtiging vrederechter”, *Juristenkrant* 2003, nr. 62, p. 13.

AFDELING V

BELANGENTEGENSTELLING TUSSEN DE OUDERS ONDERLING

685 De vrederechter kan, in voorkomend geval, machtigen op initiatief van een van beide ouders (art. 378 § 1, vierde lid B.W.). De andere ouder wordt gehoord, minstens bij gerechtsbrief opgeroepen: door die oproeping wordt hij partij in het geding.

In geval van belangentegenstelling tussen beide ouders (onderling), of wanneer een van hen verstek laat gaan, kan de vrederechter één van de ouders machtiging verlenen om alleen de handeling te verrichten waarvoor om de machtiging wordt verzocht (art. 378 § 1, vijfde lid B.W.; C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 116-117).

De wetgever van 13 februari 2003 voegde voormelde bepaling toe met de volgende verantwoording: “Volgens artikel 378 § 1, eerste lid B.W. kan de vrederechter de ouders machtigen om bepaalde handelingen te stellen. De huidige tekst is echter stilzwijgend inzake het lot van deze machtiging wanneer een van de ouders weigert om er gebruik van te maken. Kan de andere ouder er alleen gebruik van maken? Moet hij zich conform artikel 373, derde en vierde lid B.W. wenden tot de jeugdrechtbank? Moet de vrederechter, bij toepassing van artikel 378 § 1, zesde lid B.W., een voogd *ad hoc* aanwijzen? De bedoelde bepaling heeft de verdienste de situatie te verduidelijken doordat zij de vrederechter toelaat zelf te handelen wanneer er een belangentegenstelling is tussen de ouders, dit wil zeggen wanneer zij het niet eens zijn over de te stellen handeling of wanneer één van de ouders verstek laat gaan tijdens de machtigingsprocedure.” (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-1058/2, p. 5; *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-1058/3, p. 3-4).

686 De verdienste van artikel 378 § 1, vijfde lid B.W. zaait niettemin twijfel (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 128, nr. 8).

De vermelde vragen moeten alledrie negatief worden beantwoord.

Wat de eerste vraag betreft, zij aangestipt dat een alleenoptreden van een ouder omdat de andere blijft stilzitten, strijdig is met artikel 376, eerste en tweede lid B.W. dat een gezamenlijk goederenbeheer vooropstelt.

Wat de tweede vraag betreft, zij aangestipt dat artikel 373, derde en vierde lid B.W. uitsluitend betrekking heeft op de persoon van het kind. In geval van gezamenlijk goederenbeheer, wat de regel is, voorziet artikel 376, eerste en tweede lid B.W. niet in een geschillenregeling via de jeugdrechtbank. Dergelijke regeling bestaat enkel voor het geval dat de ouders het gezag over de persoon van het kind en dientengevolge ook het goederenbeheer niet gezamenlijk uitoefenen (art. 376, derde en vierde lid B.W.). In de praktijk wordt evenwel aangenomen dat, ook in geval van gezamenlijk ouderlijk gezag (goe-

derenbeheer), elk van beide ouders zich tot de jeugdrechtbank kan wenden om het geschil in het belang van de minderjarige te laten beslechten (art. 387*bis*, B.W.) (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak (1995-2000): Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 2001, p. 1978, nr. 531; Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 18-19, nr. 33; B. POELEMANS, *t.a.p.*, p. 121-126, nrs. 207-217). Hetgeen overeenkomstig artikel 376, vierde lid B.W. mogelijk is voor de andere ouder dan diegene die te exclusieven titel het ouderlijk gezag uitoefent, kan *a fortiori* voor de ouders die het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen (E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 2003, p. 14, nr. 13, voetnoot 39).

Wat de derde vraag betreft, zij aangestipt dat artikel 378 § 1, zesde lid B.W. een belangentegenstelling beoogt tussen de ouder(s) en het kind, maar niet tussen de ouders onderling.

Hoe dan ook bestaat er een oplossing voor het in artikel 378 § 1, vijfde lid B.W. bedoelde geval, los van de oplossing die het zelf bepaalt: de andere dan de versteklatende dan wel onwillige ouder (die, krachtens art. 378 § 1, vierde lid B.W., partij in het geding is geworden), kan zich tot de jeugdrechtbank wenden om het geschil in het belang van de minderjarige te laten beslechten (art. 387*bis*, B.W.).

Toch stelt de wetgever van 13 februari 2003 in artikel 378 § 1, vijfde lid B.W. dat, in geval van belangentegenstelling tussen beide ouders (onderling), of wanneer een van hen verstek laat gaan, de vrederechter één van de ouders machtiging kan verlenen om alleen de handeling te verrichten waarvoor om de machtiging wordt verzocht. Deze tekst voorziet enkel in een oplossing ingeval de belangentegenstelling of het verstek komt vast te staan vóór de machtiging. De vermelde bepaling verhelpt echter niet de situatie waarbij de vrederechter (aan beide ouders) machtiging verleent, doch *a posteriori* (tussen hen) betwisting rijst omtrent het stellen van de (gemachtigde) handeling. Evenmin verhelpt de vermelde bepaling de situatie waarbij een van beide ouders stilzit na de machtiging of eenvoudig weigert zijn medewerking te verlenen. In die laatste situatie blijft een beroep op de jeugdrechtbank nodig (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 128-129, nr. 9; vgl.: T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 699).

Anders: C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 166-167, volgens wie de Reparatiewet van 13 februari 2003 elk vereiste van dubbele machtiging over boord gooit.

Niet geheel duidelijk is of artikel 378 § 1, vijfde lid B.W. kan dienen ingeval tussen de ouders onderling een belangentegenstelling rijst voor het stellen van een niet-machtigingsbehoevende handeling. Het antwoordt luidt negatief. De in deze bepaling bedoelde mogelijkheid voor de vrederechter kadert binnen zijn machtigingsbevoegdheid: in geval van belangenconflict kan de vrederechter één van de ouders machtigen om alleen de handeling te verrichten “waar-

voor om de machtiging wordt verzocht”. Artikel 378 § 1, vijfde lid B.W. kan bezwaarlijk als tegenhanger van artikel 373, derde en vierde lid B.W. worden aangezien. Rijst de discussie buiten het bestek van de handelingen waarvoor de vrederechterlijke machtiging nodig is, dan blijft ook hier, in de lijn van het voormelde, een beroep op de jeugdrechtbank nodig.

Anders: Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 20, nr. 38 en p. 21-22, nrs. 40-42, volgens wie, in geval van belangentegenstelling ontstaan nadat de vrederechter een handeling heeft gemachtigd alsook in geval van belangentegenstelling inzake niet-machtigingbehoevende handelingen, de vrederechter op basis van artikel 378 § 1, vijfde lid B.W. verzocht kan worden het alleenoptreden van één ouder te machtigen (in diezelfde zin: F. SWENNEN, “Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij” en “Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter”, *t.a.p.*, 34). De vermelde auteur wijst op de voordelen van zijn stelling indien de vrederechter op datzelfde ogenblik een belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn ouders vaststelt, geval waarin de vrederechter ook een voogd *ad hoc* kan aanstellen. CASTELEIN neemt als voorbeeld de burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter. De ouders hebben hiervoor, ingevolge de wijziging van artikel 378 B.W., geen machtiging meer nodig. Als een van de ouders (die gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen) zich als vertegenwoordiger van de minderjarige burgerlijke partij wil stellen, moet hij wel eerst gemachtigd worden om alleen op te treden; krachtens artikel 376 B.W. is het gezamenlijke optreden immers de regel. De ouder kan zich dan op basis van artikel 378 § 1, vijfde lid, B.W. tot de vrederechter richten. Stelt de vrederechter een belangentegenstelling vast tussen de minderjarige en zijn ouders, dan kan hij een voogd *ad hoc* aanstellen. De tegenovergestelde visie, die steunt op een letterlijke interpretatie van de wettekst, zou volgens de auteur tot het absurde resultaat leiden dat als er enerzijds een belangentegenstelling rijst tussen de ouders onderling en anderzijds een belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn ouders, de jeugdrechter het optreden van een ouder moet machtigen en de vrederechter een voogd *ad hoc* moet aanstellen ... CASTELEIN besluit dat artikel 378 § 1, vijfde lid B.W. moet worden aangezien als een volwaardige bepaling die een algemene procedurele oplossing bevat “voor tal van niet te voorziene uitzonderingen en incidenten” en waarvan het toepassingsgebied zich verder uitstrekt dan de beperkende aanhef van artikel 378 § 1, eerste lid B.W. laat vermoeden.

Vgl.: G. VERSCHULDEN, “De aanpassing van het beschermingsregime inzake het beheer van de goederen van minderjarigen”, *T.V.W.* 2003, 252; G. VERSCHULDEN, “De Wet van 13 februari 2003 inzake het beheer van de goederen van minderjarigen: een reparatiewet met belangrijke gevolgen”, *T.J.K.* 2003, p. 141, nr. 26.

AFDELING VI

BELANGENTEGENSTELLING TUSSEN DE MINDERJARIGE EN ZIJN OUDERS

687 Als er een (daadwerkelijke) belangentegenstelling bestaat tussen de minderjarige en zijn ouders, wijst (thans) de vrederechter (van de woonplaats van het kind in de zin van art. 108, eerste lid B.W.) een voogd *ad hoc* aan om de minderjarige te vertegenwoordigen bij de (vermogensrechtelijke; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 221, nr. 1402) rechtshandeling of in het rechtsgeding waarin zijn ouders met hem tegengestelde belangen hebben (art. 378 § 1, zesde lid B.W.).

Vóór de Wet van 29 april 2001 was te dezen de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg bevoegd, zoals bepaald in het oude artikel 378, derde lid B.W.

Zie voor een toepassing (onder het nieuwe recht): Vred. Roeselare 15 november 2001, *R.W.* 2001-02, 1184, met betrekking tot de vraag van een moeder om zich mede namens haar minderjarige dochter te mogen burgerlijke partij stellen (oud art. 378, eerste lid *juncto* art. 410 § 1, *sub* 7° B.W.) in het raam van een strafprocedure tegen de vader (art. 373, eerste en derde lid, 374, 377, eerste en vierde lid en 378 Sw.). Volgens de Vrederechter is het reeds in het belang van het kind dat zelfs geen schijnbare belangenvermenging zou bestaan ingevolge twee door dezelfde raadsman nagestreefde vorderingen, namelijk die van de echtgenote-moeder enerzijds en die van het kind anderzijds. De Vrederechter vervolgt: “Ook naar de toekomst toe gebiedt het morele en pedagogische belang van het kind dat nooit enige zweem van amalgaam kan hebben bestaan tussen zijn belangen en die van zijn moeder, die door deze laatste, met het oog op de door haar nagestreefde doelstellingen, die haar terecht volledig eigen zijn, vrijelijk kunnen worden nagestreefd. De processuele stem van het kind dient als volwaardig en dus afzonderlijk vertolkt te worden door de burgerlijke partijstelling bij monde van een derde te laten vervullen, *in casu* door een voogd *ad hoc*”.

VIEUJEAN kan de vermelde beslissing onderschrijven: “Excès de sévérité? Le péché de laxisme est peut-être plus fréquent en la matière. Certes les intérêts distincts mais convergents ne sont pas opposés. En revanche, loin de supposer un conflit ouvert entre le représentant légal et l’incapable, l’opposition d’intérêts existe dès qu’il y a risque que le premier ne se sacrifie l’intérêt du second.” (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 14-15, nr. 13; zie ook: E. VIEUJEAN, “L’impossibilité durable d’exercer l’autorité parentale et la destitution de l’autorité parentale – La relation tutelle et protutelle” en “Désaccord des parents et oppositions d’intérêts”, in F.O.D. JUSTITIE – OPLEIDING RECHTERLIJKE ORDE (ed.), *Uitwisseling beroepservaringen: het ouderlijk gezag en de voogdij*, Brussel, F.O.D., 2004, 10-11).

De Vrederechter te Herstal oordeelt in een gelijkaardig geval dat de moeder wel kan optreden ten behoeve van haar zestienjarige dochter (die de vrederechter heeft gehoord, in toepassing van art. 1233 § 1, *sub* 2° Ger.W.). Belangrijk hierbij is dat de vrederechter, na de vader te hebben opgeproepen in toepassing van artikel 378 § 1, vierde lid B.W., heeft geacteerd dat de vader de bedoelde feiten erkent: “Il va de soi que si j’avais eu le moindre doute, j’aurais procédé à une telle désignation (exemple: au cas où le père aurait contesté les faits, au cas où les parents étant en instance de divorce ou au cas où compte tenu de son âge, l’audition de l’enfant aurait été impossible). Ce tuteur *ad hoc* aurait eu, dans un premier temps, à m’éclairer sur l’intérêt de l’enfant, pour ensuite être adjoind à l’autre parent dans la représentation de l’enfant. Tout est donc cas d’espèce, et appréciation de la contrariété d’intérêts éventuelle entre l’enfant et le parent requérant.” (C. CAPITAINE, *t.a.p.*, 165).

Zoals verder uiteengezet, heeft de wetgever van 13 februari 2003 het machtigingsvereiste afgeschaft voor de burgerlijke partijstelling voor de feitenrechter voor wie de zaak werd vastgesteld op verzoek van het openbaar ministerie of ingevolge een beschikking van verwijzing (art. 410 § 1, *sub* 7° B.W.).

Dit geldt *mutatis mutandis* ingeval een (daadwerkelijke) belangtegenstelling bestaat tussen de minderjarige en zijn ene ouder.

Zie: P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 91, nr. 232.

Zie voor een toepassing: Vred. Roeselare 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-03, 1313, *T. Vred.* 2004, 201, noot.

De tegenstelling van belangen die de aanduiding van een voogd *ad hoc* noodzakelijk maakt, bestaat slechts voor zover de minderjarige enerzijds en zijn ouders anderzijds tegenover elkaar staan als contracterende partijen (bv. als koper *versus* verkoper) of als gedingvoerende partijen. De tegenstelling van belangen kan tot uiting komen zowel bij de te stellen rechtshandelingen als bij de te voeren rechtsgedingen. Dit laatste kan voorkomen naar aanleiding van een procedure ingeleid door een derde tegen de minderjarige dan wel omge-

keerd, of door één of beide ouders tegen het kind, of in naam van het kind tegen één of beide ouders.

Belangentegenstelling zal echter niet *ipso facto* aanwezig zijn (en de aanduiding van een voogd *ad hoc* zal derhalve niet vereist zijn) ingeval de ouders en de minderjarige bij een rechtshandeling of bij een rechtsgeding gelijklopende belangen hebben, bijvoorbeeld zo de ouders en hun minderjarig kind onverdeelde eigenaars zijn van goederen en zij die wensen te verkopen: alle eigenaars hebben er hetzelfde belang bij dat de onverdeelde goederen tegen een zo hoog mogelijke prijs worden verkocht. Bij deze rechtshandeling kunnen de ouders optreden zowel in eigen naam als in naam van hun minderjarig kind. Er zal daarentegen wel belangentegenstelling zijn (en derhalve de verplichting om de vertegenwoordiging door een voogd *ad hoc* te doen gebeuren) indien de ouders de onverdeelde goederen zouden willen inkopen.

In geval van belangentegenstelling tussen de minderjarige en slechts een van beide ouders, moet de andere ouder rechtsgeldig het kind kunnen vertegenwoordigen. De aanduiding van een voogd *ad hoc* is alsdan niet nodig en zelfs niet mogelijk.

Zie: Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 14-15, nr. 24; J. GERLO, *t.a.p.*, p. 244, nr. 368; P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding", *t.a.p.*, p. 90, nr. 231.

Vgl.: G. VAN OOSTERWYCK, *t.a.p.*, p. 209-210, nr. 291.

Toch rijst de vraag of, ingeval beide ouders het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen (art. 373, eerste lid, *c.q.* 374, eerste lid *juncto* 376, eerste lid B.W.), ingevolge het steeds spelende vermoeden van instemming van de andere ouder indien de ene ouder alleen optreedt (art. 376, tweede lid B.W.), niet automatisch sprake is van een belangentegenstelling ... Paradoxaal is evenwel dat die principiële belangentegenstelling niet aan de orde is ingeval een van beide ouders het ouderlijk gezag te exclusieven titel uitoefent.

Ingeval, niettegenstaande de belangentegenstelling met het kind, toch een handeling wordt gesteld in naam van het kind, is deze handeling nietig (E. VIEUJEAN, "L'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale et la destitution de l'autorité parentale – La relation tutelle et protutelle" en "Désaccord des parents et oppositions d'intérêts", *t.a.p.*, 11-12). De nietigheid is relatief: enkel de minderjarige (via vertegenwoordiging of na zijn meerderjarigheid) dan wel zijn rechtsopvolgers kunnen ze vorderen; de (nietige) handeling is ook voor bevestiging vatbaar. Het betreft ook een nietigheid rechtens, die de rechter moet uitspreken op basis van het loutere feit van de bestaande belangentegenstelling tussen de vertegenwoordigende ouders en de vertegenwoordigde minderjarige. Het bewijs van benadeling moet niet worden geleverd.

De praktijk leert dat, in geval van (de minste) twijfel of de belangen van de pupil wel optimaal zullen worden behartigd, steeds tot aanstelling van een voogd *ad hoc* wordt overgegaan.

Zie: Vred. Eigenbrakel 22 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 231: een weduwnaar vraagt machtiging om een onroerend goed te mogen aankopen; zijn minderjarige kinderen zijn mogelijks medebetrokken na het overlijden van hun moeder die het compromis mee had onderschreven (zie ook: Vred. Eigenbrakel 31 januari 2003, *T. Vred.* 2004, 232, noot).

688 Het initiatief voor deze aanstelling kan genomen worden door elke belanghebbende, alsook door de vrederechter ambtshalve.

Het openbaar ministerie heeft hier geen (rechtstreeks) initiatiefrecht (meer).

Zie: P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, *t.a.p.*, p. 89-90, nr. 229.

Anders: Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 16, nr. 25, voetnoot 74; G. CLOSSET-MARCHAL, *t.a.p.*, 5.

Zie ook: E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants”, *t.a.p.*, p. 15-16, nr. 16; E. VIEUJEAN, “L'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale et la destitution de l'autorité parentale – La relation tutelle et protutelle” en “Désaccord des parents et oppositions d'intérêts”, *t.a.p.*, 12-13.

Anders dan vroeger kan het parket dus geen verzoek tot aanstelling van een voogd *ad hoc* meer indienen: argument voor deze wijziging is dat er bij de vredegerichten als dusdanig geen openbaar ministerie functioneert; de vrederechter kan nu wel ambtshalve optreden (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 19). Deze wijziging berust op een vergissing. Het is immers niet omdat er bij de vredegerichten institutioneel geen openbaar ministerie functioneert, dat het technisch-juridisch onmogelijk zou zijn om aan het openbaar ministerie een rechtsvordering toe te kennen bij de vredegerichten: het gaat hier om twee geheel verschillende kwesties. Ook in andere gevallen kent de wet trouwens aan het openbaar ministerie een rechtsvordering toe bij de vredegerichten, bijvoorbeeld voor het indienen van een verzoek tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, b § 1, eerste lid B.W.).

Het parket kan nog wel de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg adiëren, zij het (in geval van “volstreckte noodzakelijkheid”) in het raam van artikel 584, derde en vierde lid Ger.W. Deze bepaling laat de voorzitter toe om alle nodige maatregelen te bevelen tot vrijwaring van de rechten van hen die de nodige voorzieningen niet kunnen treffen. Daar kan, al naargelang van de omstandigheden, de situatie van een minderjarige wiens belangen tegenstrijdig zijn met die van zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) onder gerekend worden (P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, *t.a.p.*, p. 89, nr. 228).

De rechtspleging is die inzake vorderingen op eenzijdig verzoekschrift (art. 1025-1034 Ger.W.). Indien het verzoekschrift slechts door één ouder is ingediend, kan de andere vrijwillig tussenkomen in het geding. Ingeval dit niet is gebeurd en die ouder gegronde redenen heeft om hetzij geen hetzij een andere voogd *ad hoc* te doen aanduiden, zou hij derdenverzet kunnen aantekenen (art. 1033 Ger.W.). Indien de aangeduide voogd *ad hoc* overlijdt of in de onmogelijkheid komt te verkeren om nog verder de vertegenwoordiging van de minderjarige waar te nemen, dient hij door een andere voogd *ad hoc*

te worden vervangen. De aanduiding van de vervangende voogd gebeurt volgens dezelfde regels.

De wet bevat geen enkele aanwijzing over de categorie personen die de vrederechter als voogd *ad hoc* kan aanduiden. Deze beschikt terzake dan ook over de grootst mogelijke vrijheid en is zeker niet gehouden aan de door de verzoeker uitgedrukte voorkeur.

Hoever reikt het toepassingsgebied van artikel 378 § 1, zesde lid B.W.?

Het toepassingsgebied is niet beperkt tot die gevallen waarvoor, krachtens de artikelen 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1 B.W., de vrederechterlijke machtiging nodig is (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 15-16, nrs. 25-26).

De Vrederechter te Roeselare merkt op “dat de aanstelling van een voogd *ad hoc* een regeling blijft die verspreid is over verschillende jurisdicties (voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg *versus* vrederechter) én verschillende materies” (Vred. Roeselare 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-03, 1313, *T. Vred.* 2004, 201, noot). “Om te vermijden dat de tekstversnippering ook begrepen zou worden als een limitatieve toepassing van de mogelijkheid tot aanstelling van een voogd *ad hoc*”, leest de Vrederechter artikel 378 § 1, zesde lid B.W. als een volwaardige bepaling die een algemene procedurele oplossing bevat voor tal van niet te voorziene uitzonderingen en incidenten en zodoende buiten de beperkende aanhef van artikel 378 § 1, eerste lid B.W. om.

Dergelijke zelfstandige lectuur maakt dat artikel 378 § 1, zesde lid B.W. een algemeen draagvlak verkrijgt (vgl.: M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1536, nr. 169): zij beantwoordt de noodzaak om in een specifieke procedurele bescherming voor de betrokken minderjarige te voorzien. De vermelde Vrederechter acht de aanstelling van een voogd *ad hoc* ook mogelijk voor de vertegenwoordiging in rechts- en proceshandelingen waarvoor de ouder geen machtiging behoeft. “Eerder ter verhelping dan bij toepassing van de bestaande wetteksten” willigt hij het verzoek in van een weduwe tot aanstelling van een voogd *ad hoc* ten einde het minderjarige kind te vertegenwoordigen in rechte als verweerder: “indien de geboden oplossing in de actuele wetteksten méér knip- en plakwerk vergt dat de loutere uitlegging minstens schijnt te overstijgen, lijkt dit noodzakelijk ter zinvolle invulling van de meer dan twee eeuwen oude, en dus wel historische rol van de vrederechter als beschermer van de minderjarigen” (Vred. Roeselare 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-03, 1313, *T. Vred.* 2004, 201, noot; L. CARENS, *t.a.p.*, p. 158, nr. 10; zie ook: Vred. Westerlo 9 maart 2004, *T. Vred.* 2004, 220).

Toch lijkt het toepassingsgebied beperkt tot de afdeling waartoe artikel 378 § 1, zesde lid B.W. behoort, en met name “de goederen van het kind” (met inbegrip van het ouderlijke vruchtgenot over die goederen; Vred. Westerlo 9 maart 2004, *T. Vred.* 2004, 220; Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 16, nr. 27). Dit maakt dat de vermelde bepaling niet kan worden aangewend om namens de minderjarige een vordering tot levensonderhoud in te stellen tegen de ouders

(Vred. Westerlo 9 maart 2004, *T. Vred.* 2004, 220; anders: J. GERLO, *t.a.p.*, p. 244, nr. 368, voetnoot 66). Artikel 378 § 1, zesde lid B.W. kan evenmin toepassing vinden inzake vorderingen van staat waarbij er een belangentegenstelling zou bestaan tussen de minderjarige en zijn ouders. Voor afstammingsvorderingen biedt artikel 331 *sexies* B.W. een oplossing. Voor het beschikken over het loon van een minderjarige biedt artikel 45 van de Arbeidsovereenkomstenwet een uitweg: de aanstelling door de jeugdrechtbank van een bijzondere voogd met als taak over dit loon te beschikken voor de behoeften van de minderjarige.

689 De voogd *ad hoc* richt zich voor zijn optreden naar de wetgeving inzake de voogdij, niet naar deze inzake het ouderlijk gezag (E. VIEUJEAN, “Droit des personnes: administration provisoire, tutelle, autorité parentale, aliments, époux et cohabitants”, *t.a.p.*, p. 16, nr. 16).

AFDELING VII

UITZONDERING BEDOELD IN ARTIKEL 935, DERDE LID B.W.

690 Artikel 378 § 1, eerste lid B.W. maakt een voorbehoud voor “het bepaalde in artikel 935, derde lid B.W.”.

Waar krachtens artikel 935, eerste lid B.W. een aan een pupil gedane schenking door zijn voogd moet worden aangenomen overeenkomstig artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W., kunnen (krachtens art. 935, derde lid B.W.) de vader en de moeder van de (al dan niet ontvoogde) minderjarige of, zelfs gedurende het leven van de vader en de moeder, de andere bloedverwanten in de opgaande lijn de schenking aannemen. Dit kan zonder voorafgaande machtiging (J. VERSTRAETE, “Schenkingen aan minderjarigen”, *Waarvan Akte* 2002, p. 51, nr. 18).

Vgl.: F. DEBUCQUOY, “De bijzondere vrederechterlijke machtiging tot aanvaarding van een schenking onder levenden aan een niet-ontvoogde minderjarige (art. 378, 410 § 1, *sub* 6° en 935 B.W.)”, noot onder Vred. Houthalen-Helchteren 28 november 2001, *A.J.T.* 2001-02, p. 739, nr. 6, volgens wie artikel 935, derde lid B.W. de ascendenten een recht verleent en geen verplichting: zo zij dat wensen, kunnen zij zich tot de vrederechter richten.

Zie ook: Vred. Westerlo 8 november 2004, inzake met A.R. nr. 04.B177, *omuitg.*

Men gaat ervan uit dat de bloedverwanten in opgaande lijn, en dan voornamelijk de ouders, beter dan welk controleorgaan ook geplaatst zijn om (vooral) de “morele” belangen van hun afstammeling te behartigen. Ook een gift waaraan lasten of voorwaarden verbonden zijn, kan door hen namens de pupil worden aangenomen. Dit is uiteraard niet meer het geval indien die lasten of voorwaarden het voordeel van de gift evenaren of overstijgen.

691 Wanneer het een schenking betreft van de ouder(s) aan zijn (hun) minderjarig kind, rijst principieel een belangentegenstelling (F. BUYSSENS, “Schenkeningen aan minderjarigen bij echtscheiding door onderlinge toestemming”, *E.J.* 1995, 102).

Zie voorts: F. BUYSSENS, “Ouderlijk gezag en echtscheiding door onderlinge toestemming”, in *Dossier Jong Vlaams Notariaat*, Brugge, die Keure, 1998, p. 82-84, nrs. 16-18; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1993-1998): Giften”, *T.P.R.* 1999, p. 806-807, nr. 43; M. PUELINCKX-COENE, “Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften”, *T.P.R.* 1994, p. 1639, nr. 36.

Zie bv.: Rb. Dendermonde 8 juli 1991, *Not. Fisc. M.* 1991, 321, noot C. DE BUSSCHERE.

Vgl.: Bergen 16 juni 1982, *Rev. not. b.* 1982, 472, noot D.S.

Vgl. ook: F. DEBUCQUOY, *t.a.p.*, p. 737-739, nr. 5, die stelt dat de ouder die aanvaardt op grond van artikel 935, derde lid B.W. niet optreedt als ouder die (mede) het ouderlijk gezag uitoefent, maar louter als ascendent. Het mandaat van artikel 935, derde lid B.W. breekt of prevaleert aldus binnen zijn beperkt toepassingsgebied, de regeling betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag.

Dit is zeker zo wanneer het gemeenschapsgoederen betreft.

Zie meer uitvoerig: M. PUELINCKX-COENE, “*Actualia* schenkingen: *capita selecta*”, in H. CASMAN, Chr. ENGELS, A. HEYVAERT, M. PUELINCKX-COENE en P. SENAEVE, *Notariële actualiteit – Familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2002, 132-135.

Zie nochtans: J. VERSTRAETE, “De schenking van een onroerend goed aan een minderjarige”, in POSTUNIVERSITAIR CENTRUM K.U.L.A.K. (ed.), *Het sluiten van een vastgoedcontract door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe voogdijwet*, Kortrijk, K.U.L.A.K., 2002, p. 10, nr. 20; J. VERSTRAETE, “Schenkeningen aan minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 52-53, nr. 20, die een afgezwakte interpretatie van het concept “belangentegenstelling” verdedigt.

Bijgevolg moet een beroep worden gedaan op de tussenkomst van een andere bloedverwant in de opgaande lijn en desnoods een door de vrederechter aangewezen voogd *ad hoc* in de zin van artikel 378 § 1, zesde lid B.W. (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 18-19; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 10, nr. 48).

Zie voor een toepassingsgeval: Vred. Houthalen-Helchteren 28 november 2001, *A.J.T.* 2001, 720, met (kritische) noot F. DEBUCQUOY; zie ook: J. VERSTRAETE, “Schenkeningen aan minderjarigen”, *t.a.p.*, p. 54, nr. 20.

In geval van belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn ouders, kan inderdaad voor de aanstelling van een voogd *ad hoc* worden geopteerd, dit overeenkomstig artikel 378 § 1, zesde lid B.W. (S. THIELEN, “Administration légale et tutelle: actes soumis à autorisation”, in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, p. 125, nr. 50). Deze laatste valt wederom onder artikel 410 § 1, *sub* 6° B.W.

692 Artikel 935, derde lid B.W. geldt in ieder geval voor de klassieke schenkingsakten, de handgiften en de onrechtstreekse schenkingen (M. GRÉGOIRE, “La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d’autorité parentale et de tutelle”, *Rev. not. b.* 2002, p. 188, nr. 70).

Dezelfde regeling geldt voor de aanneming van ouderlijke boedelverdelingen gedaan bij schenking onder de levenden, die in feite verdelingen zijn van (een deel van) de toekomstige nalatenschap van de ouders of een van hen (art. 1076, eerste lid B.W.).

Zie: J. VERSTRAETE, "Schenken aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 53, nr. 18, alwaar de ouderlijke boedelverdeling gedaan bij schenking onder de levenden wordt onderscheiden van de testamentaire ouderlijke boedelverdeling waarvoor de vrederechterlijke machtiging noodzakelijk is (art. 410 § 1, *sub* 5° B.W.).

Men kan echter niet op artikel 935, derde lid B.W. terugvallen om een (bv.) als "verkoop" vermomde schenking te aanvaarden, nu deze bepaling de ascendenten (*qualitate qua*) niet bevoegd maakt om namens de pupil overeenkomsten om baat te sluiten.

De extrapolatie naar de aanvaarding van een bijzonder legaat is betwist(baar).

Zie: F. DEBUCQUOY, *t.a.p.*, p. 731-733, nr. 4, voetnoten 69-70; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 126, nr. 50; J. VERSTRAETE, "De schenking van een onroerend goed aan een minderjarige", *t.a.p.*, p. 11, nrs. 21-22; J. VERSTRAETE, "Schenken aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 53-54, nrs. 21-22.

Er bestaat nochtans geen goede reden om voor de aanvaarding van schenkingen onder de levenden in ruimere mogelijkheden te voorzien dan voor de aanvaarding van bijzondere legaten (Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 333, nr. 744).

AFDELING VIII

KRITIEK

693 De besproken extrapolatie van het machtigingsvereiste inzake de voorgedij naar het ouderlijk gezag is ten zeerste betwist.

Inzonderheid via de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen; zie o.m.: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 16, p. 18-19, p. 22-24, p. 66-68 en p. 76-77; vgl.: E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 2000, p. 50-53, nr. 64.

Inzake het ouderlijk gezag het machtigingsvereiste vooropstellen voor nagevoeg alle in artikel 410 B.W. bepaalde handelingen is toch wel zeer "bot". De wetgever geeft trouwens zelf toe: "In zekere zin is het gevolg van deze wet de ouders hun verantwoordelijkheid te ontnemen door systematisch een machtiging van de vrederechter op te leggen voor minder belangrijke handelingen." (*Parl. St. Senaat* 2001-02, 2-1058/3, p. 3).

De bedoelde regeling impliceert in de eerste plaats dat ouders die het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen ongeacht of zij samenleven of niet (art. 373, eerste lid, 374, eerste lid en 376, eerste lid B.W.), van de vrederechter een bijzondere machtiging moeten verkrijgen voor (in beginsel) alle in artikel 410 § 1 B.W. opgesomde (rechts)handelingen waarvoor ook de voogd een

bijzondere machtiging van de vrederechter nodig heeft. Dit betekent dat ook de gezamenlijk fungerende ouders met betrekking tot het beheer van de goederen van hun kind (eigenlijk) niet (veel) meer bevoegdheden hebben dan de voogd die na hun (beider) overlijden wordt aangewezen. Bovendien is hun situatie dezelfde als die van de ouders die het ouderlijk gezag niet gezamenlijk uitoefenen. Evenmin wordt hun situatie onderscheiden van de situatie waarbij er slechts één (tot een geldige wilsuïting in staat zijnde) ouder is.

Men kan zich afvragen of de bevoegdheden van de ouders daardoor niet al te zeer worden beperkt, alsof wordt uitgegaan van de veronderstelling dat ouders, ook wanneer zij gezamenlijk optreden, niet beter dan wie dan ook, zelfs niet beter dan de (in de regel) na hun beider overlijden aangestelde voogd, zouden kunnen oordelen wat het belang van hun minderjarige kinderen vereist, met name op het vlak van het vermogensbeheer.

Zie: *Parl. St. Senaat* 2000-01, 2-509/6, p. 11-12; M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 136-137, nr. 9, die betwijfelt of dit alles wel correcte naleving kan vinden: onder het oude recht was dit trouwens evenmin het geval.

Zie ook: Amendement nr. 57 (*Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/018, p. 2-3 en *Parl. St. Kamer* 2000-01, 50 0576/020, p. 6-9).

Gaat de wetgever niet uit van een al te zwaarwegend vermoeden van incompetentie drukkend op de ouders?

Zie: *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/009, p. 31; men wenst (blijkbaar) de rechten van de minderjarigen hoe dan ook "bovenal" te beschermen, ook tegen handelingen van hun eigen ouders, derwijze dat de rechten van de kinderen moeten primeren op het principiële ouderlijk gezag.

Zie ook: L. CARENS, *t.a.p.*, p. 151-152, nr. 2 en p. 162, nr. 18, die beklemtoont dat voornamelijk de gelijkstelling van de gezinnen waarin beide ouders samenleven met de eenoudergezinnen wordt aangevoeld als niet-beantwoordend aan een maatschappelijke overtuiging noch aan een breed maatschappelijk gevoel. De feitelijke "onder-voogdij-stelling" van samenlevende ouders, wat hun ouderlijk gezag betreft, wordt ervaren als een fundamenteel wantrouwen en bovendien een on gepaste zin voor betutteling van volwassen vrije burgers die maatschappelijk geen steun vindt.

Zie voorts: K. SWERTS, "De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta*", verslag van de 4^{de} sectievergadering op het 41^{ste} Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging op 11 juni 2004 aangaande toezichthouders in het recht, *R.W.* 2004-05, 214-215: toezicht mag niet betuttelen en mag de verantwoordelijkheidszin niet afzwakken, maar er moet wel toezicht zijn.

Als minderjarige kinderen al over enig vermogen beschikken, is dit vermogen overigens veelal van de ouders zelf afkomstig.

Zeker indien de minderjarige de goederen heeft gekregen ingevolge een schenking van zijn ouders, lijkt het dan ook gerechtvaardigd dat die ouders het beheer met betrekking tot die goederen voeren zonder dat de vrederechter tussenbeide komt. Alsdan oefenen de ouders zelf, wederkerig, de ene tegenover de andere, toezicht uit (T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 696, die het hebben over *un contrôle intra familial* die in een twee-ouder-situatie te verkiezen is boven *un contrôle étatique* via een rechterlijke tussenkomst). Alleen bij een geschil tussen de ouders zelf of bij een belangentegenstelling tussen de ouders en hun kind lijkt een (vrede)rechterlijke tussenkomst nodig.

Bovendien zij erop gewezen dat grootouders die aan hun kleinkinderen een gift doen (onder de levenden, zowel als na hun dood), het beheer van de bedoelde goederen kunnen conditioneren en moduleren. Zij kunnen met name alle (wettelijk aanvaarde) beperkingen opleggen die zij nuttig achten voor het belang van hun kleinkind, bijvoorbeeld voor bepaalde handelingen de machtiging of instemming eisen van een raadsman, een zaakwaarnemer of van de vrederechter, dan wel iedere vervreemding verbieden tot wanneer het kind een bepaalde leeftijd heeft bereikt. Indien zij daar geen gebruik van hebben gemaakt, zou men ervan kunnen uitgaan dat zij voor het beheer van de gegeven goederen vertrouwen schenken aan de ouders van het kind en derhalve dat er geen reden is om de vrederechter in hun plaats te laten optreden.

694 De Koninklijke Federatie van de Belgische Notarissen staat dan ook eerder de volheid van bevoegdheden aan de zijde van beide ouders voor, tenzij zij het met elkaar oneens zijn en tenzij er een (daadwerkelijke) belangentegstelling bestaat tussen de minderjarige en zijn ouders, geval waarin de vrederechter een voogd *ad hoc* moet aanwijzen.

Ook in het notariaat heerst nochtans verdeeldheid.

Zie voor een overzicht van het pleidooi van het notariaat: M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *t.a.p.*, p. 1529-1532, nrs. 159-161; zie ook: L. CARENS, *t.a.p.*, p. 159-160, nr. 13.

De bedoelde volheid van bevoegdheden impliceert dat er ook geen verplichting meer is om een aan een minderjarige toegevalen nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving te aanvaarden. Het wordt aan de ouders overgelaten om dit te beoordelen (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 77*). Zij zijn overigens hoofdelijk aansprakelijk voor de gevolgen van het waargenomen beheer (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 66*).

De nieuwe regeling (art. 378 B.W.) zou getuigen van een nagenoeg schandelijk wantrouwen tegenover het (gezamenlijk uit te oefenen) ouderlijk gezag, er verkeerdelijk van uitgaande dat de ouders de belangen van hun minderjarig kind niet zouden in acht nemen en dienvolgens (ten onrechte) voorop stellende dat ze zich voortdurend tot de vrederechter moeten wenden voor het verrichten van de minste (rechts)handeling (van beschikking) (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 23*).

Vgl.: E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 51, nr. 64, volgens wie "il serait dangereux de renoncer au contrôle préventif même en cas d'autorité parentale exercée conjointement par les père et mère".

Bovendien leert de praktijk dat de ouders, zeker bij beslissingen inzake de roerende goederen van hun kind, zich geenszins tot de rechter wenden (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 24*).

695 De bedoelde regeling impliceert eveneens dat:

– hetzij (zoals vermeld) indien een van beide ouders te exclusieven titel het ouderlijk gezag uitoefent (art. 374, tweede tot vijfde lid en 376, derde lid B.W.),

– hetzij indien de afstamming niet is vastgesteld ten aanzien van een van de ouders, indien een van beiden overleden of afwezig is dan wel in de onmogelijkheid verkeert om zijn wil te kennen te geven en dienvolgens één ouder te exclusieven titel het ouderlijk gezag uitoefent, ook inzake het vermogensbeheer (art. 375 en 376, derde lid B.W.),

die ouder van de vrederechter een bijzondere machtiging moet verkrijgen (in beginsel) voor alle in artikel 410 § 1 B.W. opgesomde (rechts)handelingen waarvoor ook de voogd een bijzondere machtiging van de vrederechter nodig heeft.

696 Wanneer (aldus) één ouder het ouderlijk gezag waarneemt en zeker wanneer er maar één ouder is, lijkt het wenselijk het bedoelde vermogensbeheer aan een strengere controle te onderwerpen dan wanneer beide ouders nog in leven zijn (en gebeurlijk het ouderlijk gezag gezamenlijk waarnemen). Zo kan een vooroverleden ouder geen controle meer uitoefenen, terwijl het te beheren vermogen vermoedelijk van hem afkomstig is (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 132, nr. 3). Nu er geen voogdij ontstaat, is er evenmin een toeziende voogd om de belangen van het kind in het oog te houden. Desalniettemin komt het overdreven over om voor die (overblijvende) ouder zonder meer eenzelfde machtigingsvereiste te laten gelden dan voor de voogd, te meer nu het verdwijnen van de wettelijke voogdij van de langstlevende ouder tot de krachtlijnen van de nieuwe voogdijregeling behoort (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 3-4).

697 Volgens de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen moet aldus de ene ouder de bevoegdheden krijgen die hem toekomen. De nieuwe regeling zou een te grote onderwerping betekenen voor de ene ouder, die helemaal niet de erkenning geniet die men steeds heeft voor(op)gesteld. Inzake het vermogensbeheer met betrekking tot de goederen van zijn kind, kan hij geenszins worden gelijkgesteld met een voogd, terwijl alsnog de vrederechter enige controlebevoegdheid moet hebben. In die optiek stelde zij, anders dan de in artikel 410 § 1 B.W. bedoelde lijst van (rechts)handelingen, een ander (dubbel) criterium voor: handelingen die de omvang van het vermogen van het kind aanzienlijk kunnen beïnvloeden of die betrekking hebben op een vermogensbestanddeel waarvan de waarde één tiende van de totale waarde van het vermogen te boven gaat.

Het bedoelde criterium steunt hierop dat:

– het onderscheid tussen daden van beheer en daden van beschikking in de rechtspraak en de rechtsleer aanleiding geeft tot al te veel (rechts)onzekerheid,
 – ook het onderscheid tussen roerende en onroerende goederen in dit verband totaal irrelevant is geworden

en

– het enige relevante criterium derhalve is gelegen enerzijds in de weerslag die de bedoelde handeling kan hebben op het vermogen van de minderjarige en anderzijds in de omvang van het vermogen dat er het voorwerp van uitmaakt.

Gaat het om een dergelijke (rechts)handeling (die de omvang van het vermogen van het kind aanzienlijk kan beïnvloeden of die betrekking heeft op een vermogensbestanddeel waarvan de waarde één tiende van de totale waarde van het vermogen te boven gaat), dan is (indien een van beide ouders te exclusieven titel het ouderlijk gezag uitoefent, art. 374, tweede tot vijfde lid en 376, derde lid B.W.) de (gezamenlijke) instemming van beide ouders vereist.

Er wordt met andere woorden een gezamenlijk optreden van beide ouders vooropgesteld (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 66).

Indien er maar één ouder is of indien één van beide ouders in de onmogelijkheid verkeert om zijn wil te kennen te geven (art. 375, eerste lid en 376, derde lid B.W.), is de machtiging vereist hetzij van de vrederechter (nadat hij een lid van de familie van de eerst overleden ouder heeft gehoord), hetzij van een aan de ouder-titularis toegevoegde beheerder (aangeduid door de vrederechter, hetzij op testamentair verzoek van de eerst overleden ouder, hetzij op verzoek van een familielid van de eerst overleden ouder), waarbij het machtigingsvereiste eventueel wordt beperkt “tot die goederen die eigen waren aan de overledene en dus met uitsluiting (van) zijn aandeel in de gemeenschapsgoederen, die wel onder het exclusieve beheer van de langstlevende ouder kunnen blijven” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/009, p. 67).

In alle andere gevallen kan (kunnen) de ouder(s) alleen handelen en treedt de vrederechter alleen op bij verschil van mening tussen de ouders of bij belangentegenstelling tussen ouder(s) en de minderjarige (*Parl. St. Kamer 2000-01*, 50 0576/018, p. 2-3).

Een en ander moet, nog steeds naar het oordeel van het notariaat, gepaard gaan met een dubbele verplichting voor de ouders, die moet worden verduidelijkt. Vooreerst moeten de ouders inzake het beheer van de goederen van hun minderjarig kind een vermogensstaat opstellen. Ten tweede zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor het waargenomen beheer en moeten zij ten behoeve van het (meerderjarig geworden) kind rekening en verantwoording afleggen (art. 379, eerste lid B.W.). De vordering dienaangaande mag slechts verjaren na het verstrijken van een termijn van tien jaar.

698 Het in die optiek voorgestelde amendement is echter nadrukkelijk verworpen (*Parl. St. Kamer 2000-01*, 50 0576/018, p. 1-3), eens te meer in het raam van de “reparatie” door de wetgever van 13 februari 2003 (*Parl. St. Senaat 2001-02*, 2-1058/2, p. 2-4).

Zie terzake: N. GALLUS, *t.a.p.*, 76-78; Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 7-9, nrs. 10-14 en p. 39, nr. 95; T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 695-696 en 712-713; G. VERSCHULDEN, “Beheer goederen minderjarigen gestroomlijnd”, *De Juristenkrant* 2003, afl. 71, 13.

Blijkbaar is de wetgever er zich terdege van bewust dat een (nagenoeg) zonder enige nuance doorgevoerde extrapolatie van artikel 410 B.W. naar het ouderlijk gezag de (inzonderheid) vrederechterlijke werklast doet toenemen (*Parl. St. Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 19-22*). Hoewel het aantal gevallen van voogdij afneemt (6.787 in 1999; *Parl. St. Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 3-4*), neemt het aantal gevallen toe waarin het ouderlijk gezag “als alomvattend stramien” behouden blijft (*Parl. St. Senaat 2000-01, 2-509/6, p. 3-4 en 12*; P. CRISPYN, “De hervorming van de voogdijregeling”, *T.J.K. 2001, 62*). Er komt een in aanzienlijke mate versterkte controle op het ouderlijke vermogensbeheer in de plaats. Men zou haast kunnen stellen dat in de “één-ouder-situatie” (zijnde die gevallen waarin vóórheen een gedeeltelijke voogdij werd ingericht) de vaak ongewenste betutteling van de familieraad is vervangen door een (gebeurlijk evenzeer ongewenste) bevoogding van de vrederechter (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p. 2001, 213*). Meer nog, een en ander speelt ook in de “twee-ouder-situatie” (L. CARENS, *t.a.p.*, p. 151-152, nr. 2).

Zeker in de mate de wetgever de ouders die het gezag gezamenlijk uitoefenen aan hetzelfde machtigingsvereiste onderwerpt, zou men zulks kunnen aanzien als een onterechte gelijke behandeling van ongelijke situaties: een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof waard?

Zie ook: F. SWENNEN, noot onder Arbitragehof 6 november 2002, *R.W. 2002-03, 982*.

Zie voorts: L. CARENS, *t.a.p.*, p. 153-154, nr. 3, die aangeeft dat goed zou moeten worden gelet op de precieze formulering van de prejudiciële vraag: waar het voormelde arrest van 6 november 2002 een vraag betreft over de ongelijke behandeling (de ene griffierecht, de andere niet) van zich in de optiek van de prejudiciële vraagsteller tenminste wat de kostenproblematiek betreft in een gelijke situatie bevindende ouders en voogden, zou thans een vraag ter beoordeling aan het Arbitragehof moeten worden voorgelegd handelende over de gelijke behandeling van ongelijke situaties. De vraag zou dan moeten worden gesteld onder een zo exhaustief mogelijke juridische motivering van de *de facto* toch door ongeveer eenieder aangenomen ongelijke situatie van ouders en voogden; A. WYLLEMAN, “Over de kosten van machtigingsverzoeken in het kader van het ouderlijke goederenbeheer”, *t.a.p.*, p. 516, nr. 9.

Zie voor enige nuancering: F. SWENNEN en T. ROBERT, “De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – *Capita selecta*, preadvies naar aanleiding van het 41^{ste} Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging op 11 juni 2004 aangaande toezichthouders in het recht”, *R.W. 2003-04, p. 1621-1623, nrs. 22-28*, met als besluit dat ouders aan dezelfde machtigingsvereisten moeten worden onderworpen als de voogd; K. SWERTS, *t.a.p.*, 215-216.

AFDELING IX

ZEER FRAGMENTAIRE REPARATIE

699 De wetgever van 13 februari 2003 is tussengekomen, zij het zeer fragmentair (vgl. de ruimere voorstellen: *Parl. St. Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 6-14*):

“De Wet van 29 april 2001 heeft artikel 378 B.W. gewijzigd. Dit artikel bepaalde dat ouders die het ouderlijk gezag uitoefenen machtiging moesten hebben van de rechtbank van eerste aanleg om in naam van de minderjarige bepaalde handelingen te verrichten, met name handelingen waarvoor een voogd zowel de machtiging van de familieraad als de homologatie door de rechtbank van eerste aanleg moest verkrijgen. Dit zijn de handelingen bepaald in het oude artikel 457, eerste lid B.W. (een lening aangaan voor de minderjarige, zijn onroerende goederen vervreemden of met een hypotheek bezwaren, een beding van onverdeeldheid maken) en in het oude artikel 467, eerste lid B.W. (een dading aangaan in naam van de minderjarige).

Het door de wetgever van 29 april 2001 gewijzigde artikel 378 B.W. bepaalt dat ouders die het ouderlijk gezag uitoefenen machtiging van de vrederechter moeten hebben om, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 935, derde lid B.W., de in artikel 410 bepaalde handelingen te verrichten waarvoor de voogd de bijzondere machtiging van de vrederechter moet verkrijgen.

Door de verwijzing naar het *sub* 7° van artikel 410 B.W. bepaalde moeten ouders dus een bijzondere machtiging krijgen van de vrederechter om de minderjarige in rechte te vertegenwoordigen als eiser bij de andere rechtsplegingen en handelingen dan die bedoeld in de artikelen 1150, 1180, *sub* 1° en 1206 Ger.W.

Concreet betekent dit dat ouders die zich bijvoorbeeld burgerlijke partij willen stellen in naam en voor rekening van hun kind dat schade heeft ondervonden door een gewelddaad, machtiging moeten krijgen van de vrederechter. Hetzelfde geldt voor burgerlijke geschillen waarin minderjarigen vragen dat hun rechten worden erkend (verborgen gebreken, betalen van huur, ...).

Vroeger was het voldoende dat een van de ouders optrad als vertegenwoordiger en beheerder van de persoon en de goederen van het kind om het kind als eiser te vertegenwoordigen in strafrechtelijke of burgerrechtelijke geschillen.

De door de wetgever van 29 april 2001 bepaalde “verplichte” omweg vooraf langs de kantonmagistraat heeft een aantal negatieve gevolgen:

- ouders krijgen de indruk dat zij de opvoeding van hun kinderen niet meer in handen hebben,
- ouders zijn verplicht een bijkomende stap te ondernemen naar de kantonmagistraat, met de bijhorende kosten en het tijdverlies,
- de vrederechters krijgen meer werk

en

- de rechtbanken die moeten oordelen over de gegrondheid van het in naam van de minderjarige ingediende verzoek moeten de zaak vaak uitstellen omdat deze vraag om machtiging van een vrederechter nog niet is ingeburgerd.” (*Parl. St. Senaat 2001-02, 2-1058/1, p. 1-2*).

700 Hierom voegt de wetgever van 13 februari 2003 een nieuwe paragraaf toe aan artikel 378 B.W. Deze bepaalt dat de verzoeken bedoeld in artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W. niet (meer) onderworpen zijn aan de machtiging van de vrederechter.

De verantwoording luidt:

“Artikel 378 B.W. bepaalt immers dat de ouders die het ouderlijk gezag uitoefenen, van de vrederechter de machtiging moeten krijgen om bepaalde handelingen te verrichten, waaronder zich burgerlijk partij stellen in naam van het kind.

Heel wat advocaten hebben erop gewezen hoe omslachtig die regeling is en hoe ze de procesgang vertraagt.

De vrederechters worden geconfronteerd met een sterke toename van de procedures waarbij hun wordt gevraagd machtiging te verlenen om daden te verrichten die de ouders voordien alleen konden verrichten.

Het wetsvoorstel behelst alleen de vragen waarvan sprake is in artikel 410 § 1, *sub* 7° B.W., hoewel gebeurlijk ook het machtigingsvereiste voor een reeks andere handelingen opnieuw te bekijken valt.” (*Parl. St. Senaat 2001-02, 2-1058/3, p. 1*).

Een bijkomende overweging is de volgende:

“Soms vergeet men immers dat de positie van vrederechter niet meer is wat ze enkele jaren geleden was.

De vrederechter staat nu soms aan het hoofd van een vrij uitgestrekt rechtsgebied en is niet meer in staat om dieper in te gaan op het gezinsleven, tenzij gegronde redenen hem daartoe nopen.

De procedure is dus veel omslachtiger geworden en ontnemt de ouders hun verantwoordelijkheid.

De wetswijziging wil voor een reëel probleem in een praktische oplossing voorzien.” (*Parl. St. Senaat 2001-02, 2-1058/3, p. 2*).

701 Zodoende behoeven de ouders voortaan geen machtiging meer om ten behoeve van hun minderjarige kinderen in rechte op te treden.

Niettemin acht VERRYCKEN toch nog een bijzondere machtiging nodig om een voorziening tot cassatie in te stellen (M. VERRYCKEN, “De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001”, *t.a.p.*, 83).

Hierdoor onderscheidt het ouderlijk gezag zich duidelijk van de voorgedij: de ongenueanceerde gelijkstelling van beide statuten wordt doorbroken. Dit is niet onredelijk. De ouders en in voorkomend geval de enige ouder zijn goed geplaatst om te oordelen of een vordering in rechte in overeenstemming is met het belang van hun kind. Tegelijk is het inconsequent om ook voor belang-

rijke vorderingen in rechte, die gebeurlijk hoge kosten kunnen meebrengen, geen machtiging meer te eisen doch wel (op een ongenueanceerde wijze) voor handelingen met een veel beperkter patrimoniaal belang, zoals de aanvaarding van een bescheiden nalatenschap of het sluiten van een dading over een geschil van geringe waarde (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 132-133, nr. 18).

De rechter bij wie de zaak aanhangig is kan echter wel een belangenconflict vaststellen tussen het kind en zijn ouders: in dat geval wijst de rechter een voogd *ad hoc* aan (art. 378 § 2 B.W.).

Voor alle duidelijkheid: niet de vrederechter maar wel de rechter bij wie de zaak aanhangig is, wijst hetzij op verzoek van enig belanghebbende, hetzij ambtshalve een voogd *ad hoc* aan (C. CAPITAINE en S. THIELEN, *t.a.p.*, 118).

Hoewel de bepaling “dat de rechter bij wie de zaak aanhangig is en die een belangenconflict vaststelt, een voogd *ad hoc* aanwijst” volgt op de bepaling dat de ouders geen vrederechterlijke machtiging behoeven om de minderjarige in rechte te vertegenwoordigen “als eiser”, mag dit laatste het in de volgende bepaling bedoelde geval niet beperken. De regeling moet zo begrepen worden dat voor elk optreden in rechte, als eiser of als verweerder, de rechter bij wie de zaak aanhangig is, een voogd *ad hoc* kan aanstellen in geval van belangen- tegenstelling tussen het kind en zijn ouders (C. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 17, nr. 28; F. SWENNEN, “Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij” en “Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter”, *t.a.p.*, 35).

De wetgever voorziet niet in een regeling bij belangentegenstelling tussen de ouders (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 129, nr. 10).

AFDELING X

VERWERPING OF AANVAARDING VAN EEN NALATENSCHAP, EEN ALGEMEEN LEGAAT OF EEN LEGAAT ONDER ALGEMENE TITEL

702 Ten tijde van de parlementaire voorbereiding van de Reparatiewet van 13 februari 2003 heeft men ook voorgesteld om, voor de ouder(s), de verzoeken bedoeld in artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. evenmin te onderwerpen aan de machtiging van de vrederechter (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-1058/2, p. 1-2).

Artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. bepaalt dat de vrederechter de voogd bijzondere machtiging moet verlenen om een nalatenschap, een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel te verwerpen of (onder voorrecht van boedelbeschrijving) te aanvaarden.

Krachtens artikel 378 § 1, eerste lid B.W. moeten de ouders de machtiging van de vrederechter vragen om de handelingen bedoeld in artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. te verrichten.

Een dergelijke regeling doet veel problemen rijzen bij de vrederechters, vooral in kantons waar minder gegoede lieden wonen.

Zie dienaangaande ook: M. VERRYCKEN, "De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001", *t.a.p.*, 69-70, die wijst op de aarzeling in de praktijk voor de aflevering van de akten van bekendheid. Volgens VERRYCKEN kan elke aarzeling worden vermeden indien men de volgende tekst hanteert: "De hiervoor vermelde personen zijn aldus tot de nalatenschap van genoemde erfflater geroepen. Zij zullen gerechtigd zijn zich in het bezit van de nalatenschap te laten stellen, voor zover zij de nalatenschap aanvaarden en, indien wettelijk opgelegd, nadat de daartoe vereiste machtiging is verleend en de vereiste verklaring ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg is afgelegd" (zie over de bankpraktijk bij de vrijgave van de tegoeden van de overledene: W. PINTENS, B. VANDER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2002, p. 578, nr. 1215).

Een nalatenschap wordt immers meestal verworpen omdat de overledene schulden had.

Zie wel: M. VERRYCKEN, "De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001", *t.a.p.*, 84-85, die erop wijst dat de reden van de verwerping ook kan liggen in een conflict met de overledene met wie men niets meer wil te maken hebben.

Om de machtiging van de vrederechter te verkrijgen, moeten de families dossiers samenstellen, waarvoor zij soms een beroep moeten doen op een notaris en dus nodeloze kosten moeten maken. In beginsel brengen noch de verwerping noch de aanvaarding van een nalatenschap (onder voorrecht van boedelbeschrijving) specifieke risico's met zich.

Bovendien gaat het hier om handelingen die in het verleden geen homologatie door de rechtbank van eerste aanleg vereisten. Ze zouden dus niet mogen worden opgenomen in de lijst van handelingen waarvoor de ouders de bijzondere machtiging van de vrederechter moeten vragen (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-1058/2, p. 1-2).

Zie voor een kritische beschouwing ook: H. CASMAN en J.-P. MASSON, *t.a.p.*, p. 47-48, nr. 38.

Het lijkt inderdaad opportuun om de ouder toe te laten zonder machtiging een nalatenschap, een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel te verwerpen of (onder voorrecht van boedelbeschrijving) te aanvaarden. Meestal erven de ouders samen met het kind voor wie zij het optierecht moeten uitoefenen: alleen al hierom zijn zij zeer goed geplaatst om te oordelen. Ook ingeval de minderjarige erft zonder dat de ouder die voor hem het optierecht moet uitoefenen mee erft (bv. in geval van overlijden van de andere ouder na echtscheiding: ingevolge de echtscheiding gaat het erfrecht van de langstlevende ouder teloor), is er geen reden om aan te nemen dat die ouder de nalatenschap zou verwerpen tegen het belang van zijn kind in. De aanvaarding zonder machtiging kan evenmin noemenswaardige problemen doen rijzen: ze kan immers slechts gebeuren onder voorrecht van boedelbeschrijving.

Toch is het vermelde voorstel er niet doorgekomen.

Zie ook: T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 706-707; W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 137, nr. 31.

703 Het machtigingsvereiste voor de in artikel 410 § 1, *sub* 5° B.W. bedoelde handelingen blijft onverkort gelden, ook voor de ouders.

In artikel 776 B.W. wordt eens te meer beklemtoond dat de aan een minderjarige toegevallen nalatenschap alleen “overeenkomstig de bepalingen van artikel 410, § 1 B.W.” rechtsgeldig kan worden aanvaard.

Het is de ouder verboden om een zijn kind (gedeeltelijk) toekomstige nalatenschap *ultra vires* te aanvaarden, ook niet stilzwijgend en met name door het verrichten van daden die noodzakelijk zijn bedoeling om te aanvaarden insluit en die hij slechts in zijn hoedanigheid van erfgenaam bevoegd zou zijn om te verrichten (art. 778 B.W.). Hij kan ze hetzij verwerpen, hetzij aanvaarden maar dan enkel onder voorrecht van boedelbeschrijving.

Zie terzake: L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, “De beneficiaire aanvaarding – Enkele beschouwingen bij een weinig voorkomende erfeuze”, *T. Not.* 1997, 316-358; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, “Overzicht van rechtspraak (1988-1995): Erfenissen”, *T.P.R.* 1997, p. 206-219, nrs. 89-101.

704 Het vereiste van de inventaris wordt vrij gemoedelijk door de vingers gezien: men spreekt van “une mesure de sauvegarde exceptionnelle” (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 174-175, nr. 52).

Alsdan is de zogeheten “onregelmatige aanvaarding” vernietigbaar, zowel op verzoek van de ouder (tijdens de minderjarigheid van het kind) als op verzoek van het meerderjarige kind. Gevolg is dat, eens de onregelmatige aanvaarding is vernietigd en het optierecht is herwonnen, gedurende de termijn van dertig jaar vanaf het opvallen van de nalatenschap nog steeds kan worden verworpen (art. 789 *juncto* 2262 B.W.; zie bovendien: art. 2252 B.W.).

En dit, niettegenstaande de voogd reeds namens zijn pupil in verdelingen of verkopen heeft toegestemd, welke dan tenietgaan ingevolge de terugwerkende kracht van de verwerping (art. 785 B.W.); zie ook: Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 324-325, nrs. 722-724.

Zie terzake onder meer: L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, *t.a.p.*, 330; F. DEBUCQUOY, “Met verdeling (*inter volentes*) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten in een onroerend goed waarin een verlengd minderjarige onder voogdij en een onder voorlopig bewind geplaatste persoon met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn ingevolge het opvallen van een nalatenschap – Overname (tegen opleg in geld) van de onroerende rechten door de onder voorlopig bewind geplaatste persoon”, noot onder Vred. Sint-Truiden 17 december 1998, *T. Not.* 2001, p. 107-109, nr. 7; M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, “Overzicht van rechtspraak (1978-1987): Erfenissen”, *T.P.R.* 1988, p. 974, nr. 74.

In voorkomend geval rijst de aansprakelijkheid van de eertijds fungerende notaris (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 123, nr. 46).

705 Krachtens artikel 793, derde lid B.W. worden “bij aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving wegens onbekwaamheid van de erfgenaam” dezelfde vormen in acht genomen door de zorg van de vader en/of de moeder

(die het ouderlijk gezag uitoefenen) en door de voogd, waarbij het de vrederechter toekomt op de inachtnaam van deze vormen toe te zien (Chr. DE WULF, *t.a.p.*, p. 324, nr. 721).

Wat de bescherming van de belangen van de minderjarige betreft, is het overlijden van een ouder van de minderjarige een cruciaal moment omwille van de beslissingen die inzake de nalatenschap moeten worden genomen. De praktijk leert dat al te dikwijls de formaliteiten van aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving gewoonweg niet geschieden, meestal door gebrek aan informatie ten behoeve van de belanghebbende. Als de vrederechter in kennis wordt gesteld van het overlijden, kan hij toezien op het vervullen van de formaliteiten en kan hij bepaalde maatregelen nemen in het belang van de minderjarige. Het gaat hier niet om het in vraag stellen van het ouderlijk gezag maar om het toekennen van een bijstandsrol aan de vrederechter in het raam van de bescherming van de minderjarige (*Parl. St. Kamer 1999-2000, 50 0576/006, p. 4*).

Moet de vrederechter passief afwachten tot de langstlevende ouder een verzoekschrift indient om gemachtigd te worden de nalatenschap van de vooroverleden ouder te aanvaarden (onder voorrecht van boedelbeschrijving) of te verwerpen? Moet de vrederechter zelf het initiatief nemen eens hij het bedoelde overlijdensbericht ontvangt (art. 50 § 2, eerste lid B.W.)? Dit laatste is zeker de bedoeling van de wetgever: de vrederechter zal dus, na ontvangst van het overlijdensbericht van de vooroverleden ouder, de overlevende ouder uitnodigen en deze wijzen op zijn wettelijke verplichtingen (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1535, nr. 167).

De praktijk leert dat de in artikel 50 § 2, eerste lid B.W. bedoelde kennisgeving onvoldoende accuraat gebeurt: sommige griffiers stellen vast dat de ambtenaar van de burgerlijke stand vaak gewoon alle overlijdensberichten overmaakt aan de vrederechter en daarbij het al dan niet bestaan van (verlengd) minderjarige kinderen niet onderzoekt. Slechts uitzonderlijk worden de naam en de voornaam van de minderjarige(n) vermeld, met aanduiding van de nog in leven zijnde ouder: dit punt wordt meestal hetzij gewoon blanco gelaten hetzij als “onbekend gegeven” aangeduid; eventueel vermeldt men enkel het aantal minderjarige kinderen, zonder meer. Deze gegevens zijn te summier of onvoldoende én voor de inrichting van de voogdij bij overlijden van de langstlevende ouder én om de vrederechter toe te laten zijn bijstandsrol inzake het ouderlijk gezag van een overlevende ouder te vervullen. Een stipte naleving van het vermelde artikel 50 § 2, eerste lid B.W. zou dus moeten worden nagestreefd door de ambtenaren van de burgerlijke stand.

De vrederechterlijke bijstand/controlé is dus niet evident. Dit is evenmin het geval *a posteriori* nu, anders dan inzake de voogdij (art. 1237 Ger.W.), bij het vredegerecht geen dossier wordt aangelegd op naam van minderjarigen met (slechts) één ouder (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 122, nr. 44).

706 In geval van belangentegenstelling tussen de pupil en zijn wettelijke vertegenwoordiger, stelt de vrederechter (hetzij op verzoek van iedere belanghebbende, hetzij ambtshalve) een voogd *ad hoc* aan (art. 793, derde lid B.W.). Aldus besloot de Vrederechter van het tweede kanton te Leuven een (tante, zus van de overleden moeder, als) voogd *ad hoc* te gelasten gelet op de zich voordoende tegenstrijdige belangen tussen een weduwnaar en zijn kinderen naar aanleiding van het openvallen van de nalatenschap van hun moeder (Vred. Leuven (tweede kanton) 22 juli 2003, *T. Vred.* 2004, 213, noot).

Het voormelde geval is dat van twee minderjarige kinderen wier ouders sinds 1994 door onderlinge toestemming uit de echt zijn gescheiden. De moeder van de twee kinderen overlijdt einde 2002. Haar nalatenschap bevat een onroerend goed: een woning, een eigen goed van de moeder en dus geërfd door de kinderen. Dit huis wordt bewoond door de vader van de kinderen, samen met zijn nieuwe partner. De destijds voorafgaand aan de echtscheiding gesloten familierechtelijke overeenkomst voorziet onder meer in de betaling van een bezettingsvergoeding door de vader. In de beschikking van 22 juli 2003 machtigt de vrederechter de voogd *ad hoc* (inmiddels aangesteld gelet op de voor de hand liggende belangentegenstelling tussen de vader en de twee kinderen) om in rechte op te treden als eiser tegen de vader tot naleving van zijn verbintenissen, inzonderheid de betaling van de bezettingsvergoeding (zie ook: L. CARENS, *t.a.p.*, p. 155, nr. 6).

Wanneer de vertegenwoordiger mede erfgerechtigd is in de bedoelde nalatenschap, kan een belangentegenstelling aan de orde zijn, maar dit is niet *per se* het geval (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 180-181, nr. 60). Belangentegenstelling rijst in de regel niet wanneer de vertegenwoordiger verwerpt opdat het bedoelde erfdeel aan de pupil zou toekomen (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 122-123, nr. 45).

707 Telkenmale moet de ouder middels een nauwkeurig en voor de controlerende vrederechter zo transparant mogelijk onderzoek *in concreto* nagaan of zijn kind al dan niet belang heeft bij de aanvaarding van de bedoelde nalatenschap, dan wel of deze meer baat heeft bij de verwerping ervan.

Onderstelt dit onderzoek immer en steeds de redactie van een notariële inventaris? Moet er met andere woorden steeds een authentieke inventaris zijn, los van de voorgenomen optie? Is er geen minder dure mogelijkheid om de vrederechter wiens machtiging wordt verzocht, te overtuigen van de opportuniteit van deze of gene keuze?

Het komt over dat men bezwaarlijk immer en steeds de overlegging van een notariële inventaris kan vragen.

Zie meer uitgebreid: M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 176-180, nrs. 54-59.

Het (strikte) vereiste van een notariële inventaris hoort thuis bij de aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving en enkel daar (art. 794 B.W.; D. PATART, “L’incidence de la réforme de la tutelle sur l’inventaire des biens des mineurs”, *Rec. gén. enr. not.* 2002, nr. 25.293, p. 462-464, nr. 4).

Sommigen aanzien de notariële inventaris natuurlijk als hét controlemiddel bij uitstek inzake het ouderlijk gezag (en behoudens wanneer de wet in een uitzondering voorziet, is en blijft de regel dat een inventaris gebeurt in de notariële vorm, aldus de art. 1177, 1178 en 1183 Ger.W.): hoe zou de ouder

zich anders kunnen verantwoorden wanneer zulks hem, inzonderheid bij de meerderjarigheid van het kind, wordt gevraagd? Dergelijke inventaris zou de enige betrouwbare bron zijn ter controle van het ouderlijke beheer van de nalatenschapsgoederen ...

Zie: N. GALLUS, "Aspects civils du nouveau droit de la tutelle", in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 213; S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 123-124, nr. 46.

Een probleem rijst echter niet: ofwel verwerpt de ouder de nalatenschap namens zijn kind, en om dit te doen moet hij wel machtiging vragen maar, zoals voormeld, niet *per se* een notariële inventaris voorleggen; ofwel aanvaardt de ouder de nalatenschap, hetgeen hij enkel kan onder voorrecht van boedelbeschrijving wat de aanwezigheid van een notariële inventaris onderstelt.

Het is hoe dan ook niet noodzakelijk om de inventarisatie aan het verzoek tot machtiging te laten voorafgaan: ook wanneer men de vrederechter vraagt om te mogen aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving, kan men de in dat geval verplichte notariële boedelbeschrijving nadien laten opmaken. Het moet immers mogelijk zijn de vrederechter te overtuigen van de opportuniteit van die optie, los van de hierbij horende inventaris, bijvoorbeeld door middel van bankattesten, een verklaring van de notaris, ja zelfs een onderhandse boedelbeschrijving.

De vermelde regel dat een inventaris gebeurt in de notariële vorm (art. 1177, 1178 en 1183 Ger. W.) speelt enkel ten volle wanneer de wetgever een inventaris vereist, hetgeen niet *per se* het geval is voor de uitoefening van het optierecht ten behoeve van een onbekwame: bijgevolg ontbreekt enige sanctie voor de in voorkomend geval opgestelde onderhandse inventaris (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 137-138, nr. 32).

708 Tot slot zij gewezen op artikel 803*bis* B.W.: de erfgenaam die aanvaardt onder voorrecht van boedelbeschrijving kan zich ontheffen van de zorg om de nalatenschap te beheren en te vereffenen. Hiertoe moet hij vooraf, "onder indiening van een verzoekschrift", bij beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, een beheerder doen benoemen, aan wie hij alle goederen van de nalatenschap overgeeft onder verplichting om ze te vereffenen conform de verdere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.

Na in een eerste fase een weduwe te hebben gemachtigd om namens haar twee minderjarige zonen de nalatenschap van hun overleden vader te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving en in dit raam een verzoekschrift tot aanstelling van een sekwester over een B.V.B.A. van de vader neer te leggen, machtigt de Vrederechter te Eigenbrakel de weduwe vervolgens om een verzoekschrift neer te leggen tot aanwijzing van een beheerder-vereffenaar in de zin van artikel 803*bis* B.W. (Vred. Eigenbrakel 14 oktober 2002, *T. Vred.* 2004, 223, noot). De bedoelde vennootschap was intussen failliet verklaard; bovendien was duidelijk geworden dat de nalatenschap zwaar deficitair was.

AFDELING XI

VERVREEMDING VAN ROERENDE GOEDEREN VAN DE PUPIL

709 Het meest prangend is de vraag in hoeverre het aanwenden door de ouders van de (op een bankrekening gedeponeerde) gelden van hun minderjarige kinderen aan vrederechterlijke machtiging is onderworpen (F. SWENNEN en S. MOSSELMANS, “Het machtigingsvereiste bij toegang voor de ouders tot gelden van hun minderjarige kinderen”, noot onder Vred. Gent (vijfde kanton) 9 september 2003, *R.W.* 2003-04, 829-831).

Zie verder uitgewerkt: F. SWENNEN en T. ROBERT, *t.a.p.*, p. 1618-1621, nrs. 12-20.

Zie ook: *Parl. St.* Kamer 2001-02, 50 1772/004, p. 1-2, alwaar men erop wijst dat het feit dat de machtiging van de vrederechter nodig is telkens men roerende goederen, souvenirs en persoonlijke voorwerpen van zijn minderjarig kind wil vervreemden, tot absurde situaties leidt waar de ouders ook voor geldafhalingen van een zichtrekening op naam van de minderjarige, voor de tegeldekking van een kasbon of voor de verkoop van een kinderfiets de toestemming van de vrederechter moeten krijgen (zie voorts: *Parl. St.* Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 9-13; “Stommelings? Helemaal niet!”, *De Standaard* 13 januari 2004).

Ook na de reparatie van 13 februari 2003 verwijst artikel 378 § 1, eerste lid B.W. inzake het ouderlijk gezag nagenoeg zonder nuance naar de in artikel 410 § 1 B.W. bedoelde handelingen. Zodoende hebben ook de ouders een machtiging nodig voor de “vervreemding” van de goederen van hun minderjarige kinderen (art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.). Zij zijn echter niet gehouden door een budgettering zoals de voogd dit is: artikel 407 B.W. geldt niet voor de ouders (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 138, nr. 34).

710 De wet is duidelijk voor de overeenkomstig artikel 379, tweede lid B.W. dan wel artikel 776, tweede lid B.W. geblokkeerde gelden: om over deze gelden te kunnen beschikken, moet men vooraf naar de vrederechter (art. 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1, *sub* 14° B.W.).

De Vrederechter te Westerlo wijst in dit verband op een casus waarbij onder de oude voogdijregeling, in een jong gezin met vier kleine kinderen, de vader om het leven kwam bij een dramatisch arbeidsongeval, hetgeen onder andere leidde tot de periodieke uitbetaling door de arbeidsongevallenverzekeraar van niet-geringe bedragen in het voordeel van de minderjarige kinderen (L. CARENS, *t.a.p.*, p. 156-157, nr. 7). De voogdij werd ingericht, waarbij de moeder als wettelijke voogd fungeerde. De familiaaraad bepaalde het bedrag waarover de moeder maandelijks kon beschikken voor alles en nog wat (oud art. 454, eerste lid B.W.). Het overschot werd geblokkeerd op een spaarrekening. Was er een tekort in uitzonderlijke situaties, dan kon aan de vrederechter machtiging worden gevraagd voor de opname van een welbepaalde som met een welbepaalde bestemming. De wettelijke voogdij van de moeder nam een einde op 1 augustus 2001, datum van inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001. Tegelijk verviel ook de rechtskracht van de in het raam van die voogdij genomen beslissingen van de familiaaraad. Strikt gezien was de ouderlijke voogd, bij het einde van de wettelijke voogdij, niet tot een definitieve voogdijrekening gehouden (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-509/13, p. 2; F. SWENNEN en K. JANSENS, *t.a.p.*, p. 21, nr. 103). De overgang van de gedeeltelijke voogdij naar het volwaardige ouderlijk gezag verliep immers automatisch, wat met zich bracht dat de in het raam van de gewezen gedeeltelijke voogdij (ten behoeve van de pupil) geblokkeerde gelden per 1 augustus 2001 (op eenvoudig verzoek) konden worden vrijgemaakt (S. MOSSELMANS, “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen,

Intersentia, 2002, p. 249, nr. 563). De langstlevende ouder kwam met andere woorden van de ene dag op de andere terecht in een regime van volledige vrijheid, mits een enkele verantwoordingsverplichting aan het einde van de rit, aldus artikel 379, eerste lid B.W. Dit met alle mogelijke nadelige gevolgen vandien, zeker in het onderhavige geval nu de moeder samen met haar nieuwe partner grootse plannen bleek te hebben, plannen waarvoor ook de gelden van de kinderen nodig waren. Om die reden neemt de vermelde vrederechter in dezen aan dat de afhaling en aanwending van de gelden van de minderjarigen telkenmale als een “vervreemding” moet worden aangezien, waarvoor overeenkomstig de artikelen 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1, *sub* 1° B.W. de vrederechterlijke machtiging moet worden gevraagd. De vrederechter vervolgt dat “de langstlevende ouder dit standpunt aanvaardde en iedere keer getrouw machtiging aanvraag. Terzake zorgde de noodzaak om telkens 27 EUR rolrecht te betalen misschien voor enig onbehagen, maar tegelijk voor een welgekomen natuurlijk obstakel om niet te vaak gelden te komen vragen, hetgeen dan ook niet gebeurde. En deze 27 EUR verzonk in het niets in vergelijking met het grote gevaar dat dreigde wanneer de moeder zich ongehinderd op de gelden van de kinderen had kunnen storten. Deze gelden kon alzo worden gevrijwaard. Deze handelwijze is inmiddels ook wettelijk geconsacreerd nu de Reparatiwet van 13 februari 2003 aan artikel 410 § 1 een 14° heeft toegevoegd, inhoudende dat de ouders voortaan ook de machtiging van de vrederechter nodig hebben om te beschikken over goederen die onbeschikbaar zijn overeenkomstig een beslissing van de familie-raad genomen vóór de inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001. In de aangehaalde casus kon deze bepaling onmiddellijk toepassing vinden omdat de periode tussen 1 augustus 2001 en 3 april 2003 (datum van inwerkingtreding van de Reparatiwet) werd overbrugd door een achteraf gelukkig doeltreffend en juist gebleken zienswijze.” (L. CARENS, *t.a.p.*, p. 156-157, nr. 7 en p. 160, nr. 14).

Maar *quid* voor hetgeen principieel beschikbaar is? Moeten de ouders naar de vrederechter alvorens via de bankrekening beschikbare gelden van hun minderjarige kinderen aan te wenden?

711 Het ontkennende antwoord geniet de voorkeur.

Zie: K. BOONE en S. LEFEBVRE, *t.a.p.*, p. 535, nr. 22; N. GALLUS, “La nouvelle loi sur la tutelle”, *J.T.* 2002, 80; F. SWENNEN en K. JANSSENS, *t.a.p.*, p. 16, nr. 78; F. SWENNEN en S. MOSSELMANS, *t.a.p.*, p. 829-830, nrs. 3-4; F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 60-61, nr. 112.

Enkel het “vervreemden” van (roerende) goederen valt onder artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W.: het afhaken van gelden niet, het beleggen van het overschot aan inkomsten evenmin. Door de afhaling van gelden wijzigt de samenstelling van het vermogen niet: de gelden zijn er nog steeds in terug te vinden. Door de uitvoering van een opvraging voert de bank haar verbintenissen in het raam van een ruimere overeenkomst uit en wordt de lopende rekening gedebiteerd. Dat daardoor het corresponderende recht op de gelden teloor gaat, betekent nog niet dat het een “vervreemding van een schuldvordering” betreft. Van een vervreemding van een schuldvordering is pas sprake wanneer bijvoorbeeld de houder van de bankrekening zou wijzigen. Door een afhaling van (een deel van) het saldo van een bankrekening verdwijnt geen schuldvordering uit het vermogen van de pupil, maar wordt een dienst verricht die kadert in een (bank)overeenkomst. Het gaat hoogstens om de beëindiging van een bewaargeving, die ongemachtigd kan gebeuren en die hoe dan ook plaatsvindt binnen een ruimere overeenkomst. Hoe dan ook wordt een giraal tegoed of giraal geld omgezet in chartaal geld, maar dat geld verdwijnt door die omzetting niet uit het vermogen. Pas bij de besteding ervan, verdwijnen de gelden uit het vermogen. Verder blijkt uit artikel 410 § 1, *sub* 9° B.W. *a contrario* dat de

aankoop van een roerend goed geen machtiging behoeft. Zodoende kunnen de, zoals steeds, verantwoordelijke ouders gelden afhalen van de rekening van hun minderjarige kinderen om die te (her)beleggen, zo ook om aankopen te doen, zonder dat een vrederechterlijke machtiging nodig is.

In die zin oordeelt de Vrederechter van het tweede kanton te Sint-Niklaas dat de afhaling van gelden op een zicht- of spaarrekening geen vervreemding inhoudt en bijgevolg daar als dusdanig geen machtiging voor nodig is: het is het gebruik van dat geld waarvoor eventueel een machtiging nodig is in die gevallen waarin dat uitdrukkelijk is bepaald, zoals de aankoop van een onroerend goed (art. 410 § 1, *sub* 9° B.W.). Het komt de vrederechter evenwel niet toe om vooraf te gaan controleren waarvoor de gelden op de rekening van de minderjarige onder ouderlijk gezag zullen worden aangewend (Vred. Sint-Niklaas (tweede kanton) 22 mei 2002, *T. Vred.* 2002, 424).

In diezelfde zin verklaart de Vrederechter te Roeselare het verzoek tot machtiging om spaargelden te mogen (her)beleggen in een spaarverzekering op naam van de pupil onontvankelijk bij gebrek aan belang: de nagestreefde belegging in een spaarformule zoals een verzekeringscontract, geldt niet als een “vervreemding” van de gelden. Naar het oordeel van de vrederechter beantwoordt het verzoek niet aan een casus waarvoor de wetgever de machtiging van de vrederechter vereist: de beslissing kadert binnen het beheer van de spaartegoeden van de pupil, waaromtrent de wettelijke vertegenwoordiger zelf de bevoegdheid heeft beslissingen te treffen met het oog op rendement, opportuniteit en zorgvuldigheid waarvoor hij *qualitate qua* verantwoordelijk is (Vred. Roeselare 6 februari 2003, *T. Vred.* 2004, 212, noot).

712 CASMAN houdt er een andere opvatting op na. Valt de afhaling van gelden die op een rekening op naam van de minderjarige zijn gedeponeed onder het begrip “vervreemding van roerende goederen”? Met betrekking tot minderjarigen onder voogdij bepaalt artikel 407 § 1, *sub* 5° B.W. dat de vrederechter de voorwaarden bepaalt waaronder gestorte kapitalen of neergelegde titels kunnen worden teruggenomen. Dus is de machtiging in de regel wel vereist. Maar voor ouders geldt artikel 407 B.W. niet, zeker niet voor dit onderdeel ervan. CASMAN vervolgt dat alleen via een analyse van artikel 410 B.W. kan worden bepaald of de machtiging ook nodig is als ouders geld van de rekening van hun kind willen afhalen om, aan de hand van een redenering *per analogiam* (met de bevoegdheden van de voogd), te besluiten dat inderdaad machtiging nodig is: centraal hierbij staat de gedachte dat de wetgever de uitoefening van ouderlijke bevoegdheden op dezelfde wijze aan rechterlijk toezicht heeft willen onderwerpen als deze van de voogd (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 244; zie in diezelfde zin: L. CARENS, *t.a.p.*, p. 156-157, nr. 7 en p. 161-162, nr. 17).

Aldus weigert de Vrederechter van het vierde kanton te Charleroi een machtiging te verlenen aan de ouders die de gelden van hun minderjarige dochter willen aanwenden om de renovatie van de gezinswoning mede te financieren: “Certes, les travaux entrepris par les requérants sont de nature à apporter une

amélioration à l'immeuble occupé par les requérants et leur enfant. Néanmoins, le retrait d'argent sollicité ne sert pas les intérêts du mineur d'âge" (Vred. Charleroi (vierde kanton) 29 mei 2002, *T. Vred.* 2002, 426; zie ook: Vred. Gent (vijfde kanton) 9 september 2003, *R.W.* 2003-04, 829, noot F. SWENNEN en S. MOSSELMANS). De overweging dat de pupil de aldus "verbeterde" woning wellicht later zal erven, volstaat niet. Een andere situatie zou deze zijn waarbij de ouders hun kind hadden begiftigd minstens ten belope van een met de gebruikte gelden overeenstemmend aandeel in de woning.

Deze laatste zienswijze geniet bijval in de bank- en beurssector maar komt in vrederechterlijke kringen over als manifest onwerkbaar ("Banken 'gijzelen' ouders en kinderen", *De Standaard* 13 januari 2004). De wrevel wordt nog versterkt door het feit dat tal van financiële instellingen blijven vasthouden aan het machtigingsvereiste, zelfs in gevallen waarin de vrederechter geneigd is te aanvaarden dat er geen bijzondere machtiging nodig is. Meer nog: zelfs in gevallen waar de vrederechter meent het probleem te kunnen oplossen door het zenden van een gewone brief waarin de machtiging, die in zijn ogen gebodig is, toch wordt verleend, nemen de financiële instellingen daar geen genoegen mee, zodat toch een verzoekschrift moet worden ingediend. Wel verdient het vermelding dat bepaalde instellingen ook modelverzoekschriften ter beschikking stellen en zelfs bereid zijn het door de ouders verschuldigde rolrecht te betalen (M. VERRYCKEN, "De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001", *t.a.p.*, 68).

713 De verkoop van effecten (vóór de vervaldatum) onderstelt de voorafgaande machtiging van de vrederechter (tenzij in het raam van een herbelegging) (M. GRÉGOIRE, *t.a.p.*, p. 163, nr. 41; A. WYLLEMAN, "De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen", *t.a.p.*, p. 314, nr. 707).

In die zin machtigt de Vrederechter te Eigenbrakel beide ouders om de op naam van hun twee minderjarige dochters ingeschreven aandelen te verkopen mits storting van de tegenwaarde op een termijnrekening (Vred. Eigenbrakel 17 oktober 2002, *T. Vred.* 2004, 224, noot). Door de Vrederechter van het vijfde kanton te Gent wordt beklemtoond dat de machtiging "voorafgaandelijk" moet zijn (Vred. Gent (vijfde kanton) 9 september 2003, *R.W.* 2003-04, 829, noot F. SWENNEN en S. MOSSELMANS). De ouders die zonder machtiging een aantal kasbons op naam van hun minderjarige dochter hadden ten gelde gemaakt "tot aanvulling van de koopsom bij de aankoop van een woning op hun beider naam", krijgen een veeg uit de pan: de vrederechter stelt vast dat de verzilvering van de kasbons op een wederrechtelijke wijze is gebeurd en gebiedt de ouders daaromtrent aan hun dochter bij haar meerderjarigheid rekening en verantwoording te geven (art. 379, eerste lid B.W.). Ten overvloede merkt de vrederechter op dat, zelfs in de veronderstelling dat de kasbons nog niet waren verzilverd, er niet wordt aangetoond dat er enige aanleiding zou hebben bestaan om machtiging daartoe te verlenen; het zich toe-eigenen van de kasbons door de ouders wordt immers niet gecompenseerd: de

waarde ervan wordt integraal en zonder enige vergelding uit het vermogen van de dochter gelicht en betekent voor haar een loutere verarming.

Een bijzondere toepassing ligt voor in een beschikking van 11 mei 2004 van de Vrederechter van het tweede kanton te Kortrijk (inzake met A.R. nr. 04.B20, *onuitg.*). Met instemming van de moeder vraagt een uit de echt gescheiden vader machtiging om een aandeel op naam van zijn dochter te verkopen. Als verantwoording geeft de vader op dat hij gescheiden is, met zware afkortingen zit en twee kinderen ten laste heeft. Op die manier kan hij onmogelijk een feest geven voor de eerste communie van zijn dochter. Bovendien wil hij haar graag een fiets kopen, zoals haar leeftijdgenootjes die ook hebben. De dochter krijgt ook een speciale begeleiding met onder meer logopedie en ergotherapie. De vrederechter overweegt in de eerste plaats dat een verkoop van aandelen een vervreemding van goederen is, die een vrederechterlijke machtiging onderstelt (art. 378 § 1, eerste lid *juncto* 410 § 1, *sub* 1° B.W.). De vrederechter vervolgt dat de onderhoudsverplichting van de ouders (art. 203 § 1 B.W.) een subsidiaire verplichting betreft: de wet bepaalt niet dat de goederen van minderjarige kinderen slechts mogen worden aangewend voor de betaling van kosten in verband met hun levensonderhoud, opvoeding en opleiding, indien de ouders zelf niet over voldoende middelen beschikken om die kosten te betalen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, p. 119-123, nrs. 175-179; vgl.: P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 133, nr. 1063 en p. 158, nr. 1152, die benadrukt dat, ingeval het kind persoonlijke goederen heeft die onder het ouderlijke vruchtgenot vallen, de last van de ouderlijke onderhoudsverplichting in de eerste plaats valt op de inkomsten die de ouders uit hun vruchtgenot verwerven; F. SWENNEN, “Het mozaïek van de bevoegdheden inzake het ouderlijk gezag en de voogdij” en “Specifieke problemen op het gebied van machtigingen door de vrederechter”, *t.a.p.*, 40). Zodoende onderzoekt de vrederechter niet of de ouders zelf over de nodige middelen beschikken om de bedoelde kosten te betalen. De vrederechter gaat verder dat de wetgever niet heeft bepaald waarop de vrederechterlijke machtiging moet steunen. Waar artikel 378 § 1, eerste lid B.W. de rechtsgeldigheid van de beslissingen van ouders om de goederen van hun kinderen aan te wenden voor de betaling van bepaalde kosten in verband met hun levensonderhoud, opvoeding en opleiding afhankelijk stelt van een vrederechterlijke machtiging, wordt de vrederechter ertoe gebracht zich in te mengen in het gezinsleven van de kinderen en hun ouders. Artikel 8.2 E.V.R.M. belet dat een openbaar gezag zich mengt in dit gezinsleven door de vrederechter een afweging te laten maken tussen enerzijds de waarde en de daaraan verbonden kostprijs van de opvoeding en opleiding die ouders aan hun minderjarige kinderen willen geven en anderzijds de bescherming van het eigendomsrecht van diezelfde kinderen met betrekking tot hun goederen. Wanneer ouders het voor de opvoeding van hun minderjarige kinderen nodig achten om te beschikken over het eigendomsrecht van hun kinderen, mag het openbaar gezag zich daar niet in mengen, althans indien de openbare orde en de goede zeden niet in het gedrang zijn. In eerste instantie moeten ouders hun kinderen opvoeden en niet het openbaar gezag. De vrederechter besluit dat de machtiging slechts kan

worden geweigerd wanneer de openbare orde of de goede zeden in het gedrang zijn, hetgeen hier niet het geval is: “nu de machtiging wordt gevraagd om het eerste communiefeest van de minderjarige te bekostigen, om voor de minderjarige een fiets aan te kopen en om de kosten van logopedie en ergotherapie ten voordele van de minderjarige te betalen, moet zij worden verleend”. De vrederechter voegt er aan toe dat zulks de ouders geenszins ontslaat van hun verantwoordelijkheid in de zin van artikel 379, eerste lid B.W.

714 Inzake de voogdij voorziet de wetgever uitdrukkelijk in een uitzondering: wanneer het beheer is opgedragen aan een instelling bedoeld in artikel 407 § 1, *sub* 4° B.W., zulks overeenkomstig artikel 407 § 3 B.W. (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1507-1508, nr. 125). Zoals gezegd, speelt artikel 407 B.W. niet voor de ouders. Anders dan de voogd, zijn zij niet gehouden door een budgettering (S. THIELEN, *t.a.p.*, p. 102, nr. 6).

CASMAN stelt een aantal vragen, zo onder meer naar de betekenis, voor de ouders, van de verwijzing in artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. naar dit artikel 407 § 1 *sub* 4° B.W. voor wat betreft het aan een financiële instelling toevertrouwde beheer over een kapitaal- of effectenrekening: voor de voogd heeft de beslissing (die de machtiging van de vrederechter onderstelt) om het beheer aldus over te dragen, tot gevolg dat er meer ruimte is voor het beheer, dat de vrederechter niet voor iedere verrichting om een machtiging moet worden gevraagd.

Zie ook: A.-Ch. VAN GYSEL, “Chronique de législation (janvier 2001-juin 2001) – Droit privé belge – Personnes physiques et relations familiales”, *J.T.* 2001, 706.

En voor de ouders? Kunnen ze van de vrederechter eenzelfde machtiging met dezelfde gevolgen bekomen? Zo neen, dan is hun een instrument van vlot vermogensbeheer ontzegd, om redenen die moeilijk te achterhalen zijn. Zo ja, dan zijn ze op dit punt op een zelfde voet als de voogd gesteld, wat verantwoord zou zijn. Maar zal de vrederechter dergelijke machtiging wel willen geven nu artikel 407 B.W. niet op ouders toepasselijk is verklaard? Haar antwoord luidt dat uit de verwijzing naar dat artikel in de bepaling van artikel 410 B.W. kan worden afgeleid dat ouders ook zo'n machtiging kunnen bekomen (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *t.a.p.*, 243).

De Vrederechter van het tweede kanton te Sint-Niklaas gaat ietwat verder: zelfs het geven van de opdracht tot het vermogensbeheer behoeft geen machtiging (Vred. Sint-Niklaas (tweede kanton) 22 mei 2002, *T. Vred.* 2002, 424). Hij oordeelt dat wat voor een voogd kan, ook mogelijk moet zijn voor ouders die het ouderlijk gezag uitoefenen: als zij het beheer van het vermogen van hun minderjarige kinderen aan een financiële instelling opdragen, dan moet deze instelling ook de mogelijkheid hebben om de effecten die in portefeuille worden gehouden te verkopen met het oog op een betere belegging zonder dat die instelling de ouders daarvoor telkens om een machtiging moet doen vragen. Herbeleggen kan immers niet met vervreemden worden gelijkgesteld (S. Mos-

SELMANS, “Werking van de voogdij inzake het vermogen”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 183, nr. 394). Uiteraard moet evenmin een machtiging worden gevraagd voor de tegeldemaking van effecten op hun vervaldatum. De vrederechter vervolgt dat wanneer ouders die het vermogensbeheer aan een bepaalde financiële instelling hebben opgedragen, dit beheer willen stopzetten om het al dan niet aan een andere instelling toe te vertrouwen, zij dit dan ook kunnen zonder enige machtiging. Zij kunnen namelijk zonder meer de gelden van zicht- en spaarrekeningen afhalen en zich in principe de effecten doen afleveren. Samengevat: noch de opdracht van het beheer noch de individuele vervreemdingen noch de stopzetting van de opdracht behoeven machtiging.

Zie in diezelfde zin: K. BOONE en S. LEFEBVRE, *t.a.p.*, p. 537, nr. 33, die er op wijzen dat het uitbreiden van het machtigingsvereiste te dezen niet werkbaar is: een goed beheer onderstelt immers het nemen van relatief snelle beslissingen wat niet mogelijk is wanneer de vrederechter wordt overstelpt met verzoeken tot machtiging. Eerder (p. 536, nr. 26) geven zij aan dat het niet steeds evident is om de herbelegging van de vervreemding te onderscheiden: wanneer het vermogensbeheer aan een financiële instelling wordt toevertrouwd, gaat het daarentegen steeds om “beheer” en dus herbelegging.

SWENNEN opteert voor een (tussen)oplossing in de lijn van wat CASMAN vooropstelt (F. SWENNEN, “Het ouderlijk gezag en de voogdij – Recente en komende wetgeving”, *t.a.p.*, p. 60-61, nr. 112). De bewaargeving van een effectenportefeuille bij een vermogensbeheerder en de beëindiging ervan behoeven *in se* geen machtiging, de vervreemding van effecten in beginsel wel. Dit laatste is zo ongeacht of de effectenportefeuille in bewaring is gegeven bij een vermogensbeheerder, tenzij die wordt opgedragen aan een “vennootschap voor vermogensbeheer” zoals bedoeld in de Wet van 6 april 1995 “inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs” (*B.S.* 3 juni 1995). Dan kan worden volstaan met de machtiging van de vrederechter van de initiële opdracht van het beheer. Deze (gereguleerde) overeenkomst houdt de opdracht in tot aankoop en vervreemding van effecten in het raam van een globaal (zogenoemd “discretionair”) beheer. De individuele verrichtingen behoeven dan geen machtiging meer omdat zij plaatsvinden in het raam van een bijzondere overeenkomst (zie ook: “Voogdijbevoegdheden van ouders beperkt”, *De Standaard* 6 augustus 2002). Het sluiten van de overeenkomst zelf, nu die vervreemdingen impliceert, onderstelt één machtiging en wel *ab initio*.

715 Bij dit alles moet worden benadrukt dat ouders vruchtgenot hebben: krachtens artikel 384 B.W. hebben zij het genot van sommige goederen van hun kinderen tot aan hun meerderjarigheid of hun ontvoogding. Voor zover behoeven zij geen machtiging voor het aanwenden, gebeurlijk vervreemden van die vruchten.

Bij het vruchtgenot van de ouders over de goederen van hun minderjarige kinderen valt de titulatuur van deze bevoegdheid noodzakelijk samen met de uitoefening ervan. Daar het in de eerste plaats gaat om een genotsbevoegd-

heid, betekent het wegvallen van de mogelijkheid tot uitoefening ervan meteen ook het (gebeurlijk tijdelijk) ontnemen van de bevoegdheid zelf. Bijgevolg kent de uitoefening van het ouderlijk vruchtgenot een eigen regeling (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 147-149, nrs. 1114-1123).

De wetgever koppelt het vruchtgenot aan het beheer: het behoort toe hetzij aan beide ouders samen, hetzij aan de ouder die belast is met het beheer van de goederen van het kind.

In de regel zijn alle goederen aan het ouderlijke vruchtgenot onderworpen. De uitzonderingen zijn echter niet onbelangrijk.

Zie voor een meer uitvoerige bespreking: P. SENAËVE, "Art. 387 B.W.", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1987, p. 2-6, nrs. 1-12.

Krachtens artikel 387 B.W. strekt het vruchtgenot zich niet uit tot de goederen welke de kinderen verwerven door afzonderlijke arbeid als werknemer of als zelfstandige noch tot de goederen die aan de minderjarige geschonken of vermaakt worden onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de ouders er geen vruchtgenot over hebben.

Zie: J. VERSTRAËTE, "Schenken aan minderjarigen", *t.a.p.*, p. 56, nr. 28, die wijst op de betwisting over de mogelijkheid om het ontnemen van het ouderlijke vruchtgenot ook te laten slaan op de reserve van het kind: aangezien de reserve er is voor het kind-reservataire en niet voor zijn ouders, luidt het antwoord positief (zie ook: P. SENAËVE, "Art. 387 B.W.", *t.a.p.*, p. 3-5, nrs. 7-9).

Zie ter illustratie ook: Vred. Leuven (tweede kanton) 22 juli 2003, *T. Vred.* 2004, 213, noot: bij testament ontnemt de (intussen overleden) moeder haar ex-echtgenoot (de vader) het wettelijke genot van de nalatenschapsgoederen die hun kinderen toevallen; voorts drukt de testator de wens uit dat haar zus, tante van de kinderen, toezicht zou uitoefenen op het vaderlijke beheer van die goederen.

Goederen die het kind erft door uit eigen hoofde als erfgenaam op te treden in een nalatenschap waarvan zijn vader of moeder wegens onwaardigheid is uitgesloten vallen logischerwijze niet onder het vruchtgenot (art. 730 B.W.). Traditioneel speelt het vruchtgenot evenmin met betrekking tot de ten behoeve van de minderjarige op een (bank)rekening gedeponeerde gelden (Rb. Brussel 25 april 1995, *Pas.* 1995, III, 9). Die laatste uitzondering vloeit voort uit de *ratio* van de instelling van het vruchtgenot: indien de interesten toekomen aan de ouders, zou dit de spaarzin van de jongeren eerder afremmen dan bevorderen. De uitzondering geldt evenzeer met betrekking tot gelden die door de ouders zelf werden geplaatst op een (spaar)rekening van hun kind (Rb. Brussel 25 april 1995, *Pas.* 1995, III, 9).

Het ouderlijke vruchtgenot heeft een dubbele functie.

Zie voor een bespreking van de "lasten" van het vruchtgenot: P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 132-134, nrs. 1061-1065.

Het laat de ouders toe (een gedeelte van) de kosten van huisvesting, levensonderhoud, toezicht, opvoeding en opleiding (art. 203 § 1 B.W.) terug te winnen (art. 386, *sub* 2° B.W.). Daarnaast wil de wetgever vermijden dat er

bij het einde van het beheer door de ouders over de goederen van hun kinderen, pijnlijke en ingewikkelde rekeningen zouden moeten worden opgesteld. De ouders zijn slechts rekenschap verschuldigd voor het kapitaal en voor de inkomsten waarvan ze niet het vruchtgenot hebben (art. 379, eerste lid B.W.).

716 Tot slot zij even gewezen op de rol van de bank.

Voor de toegelaten ongemachtigde toegang tot gelden van de minderjarige komt het de bank niet toe vragen te stellen bij de uiteindelijke aanwending van de gelden door de ouders (zie bv.: Rb. Antwerpen 7 december 1989, *T. Not.* 1993, 45).

De bank is er wel toe gehouden te controleren of de toegang tot gelden ongemachtigd mag gebeuren. Enerzijds slaat die controle op de persoon van de opdrachtgever: gaat het bijvoorbeeld om de ouder die bevoegd is tot goederenbeheer? Anderzijds slaat die controle ook op de aard van de handeling. De bank begaat een fout als zij een opdracht uitvoert die duidelijk een vervreemding uitmaakt, zonder na te gaan of de ouders daartoe zijn gemachtigd. In zo'n geval vindt artikel 1241 B.W. toepassing: de bank zal later tot een tweede betaling aan de meerderjarig geworden minderjarige zijn gehouden (Y. LAUWERS, "Art. 2 Wet bankverrichtingen door minderjarigen", in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1998, p. 14, nr. 21; R. GOTZEN, "De uitbetaling van kapitalen die minderjarigen ten deel vallen", noot onder Cass. 10 april 1978, *R.W.* 1978-79, p. 724, nr. 3).

Wellicht verklaart dat de voorzichtige houding van de banken bij het oordeel of een afhaling al dan niet een vervreemding is waarvoor de ouders een machtiging nodig hebben ("Banken 'gijzelen' ouders en kinderen", *De Standaard* 13 januari 2004).

AFDELING XII

RICHTLIJN VOOR DE PRAKTIJK

717 De in artikel 378 § 1, eerste lid B.W. bedoelde extrapolatie moet hoe dan ook met de nodige zin voor gezond verstand toepassing vinden: niemand is gediend met een systeem dat in de praktijk niet kan werken.

Vgl. evenwel: *Parl. St.* Kamer 2002-03, 50 1772/007, p. 9-13, inzonderheid p. 11 waar de Minister van Justitie wijst op de bedoeling te voorkomen dat de ouders "rampzalige beslissingen" (*sic*) voor het vermogen van het kind nemen, zonder dat iemand zich ertegen kan verzetten: de belangrijkste bepalingen van artikel 410 § 1 B.W. moeten derhalve behouden blijven, omdat daardoor nadelige beslissingen kunnen worden voorkomen.

De extrapolatie naar het ouderlijk gezag beperkt zich maximaal tot de in artikel 410 B.W. bepaalde handelingen. Meer dan alleen maar gebruik maken van de opsomming van handelingen in artikel 410 B.W., ligt niet in de bedoeling van de verwijzing van artikel 378 § 1, eerste lid B.W. Enige extrapolatie van de artikelen 407-409 B.W. naar het ouderlijk gezag is dan ook uit den boze.

Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat het machtigingsvereiste voor het “vervreemden” van de goederen van de minderjarige, bepaald in artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W. een eigen betekenis heeft inzake het ouderlijk gezag. Ouders zijn niet gehouden door een budgettering zoals de voogd dit is: artikel 407 B.W. is te hunnen aanzien niet van toepassing.

Enkel het “vervreemden” van (roerende) goederen valt onder artikel 410 § 1, *sub* 1° B.W.: het afhalen van gelden niet, het beleggen van het overschot aan inkomsten evenmin. Verder blijkt uit artikel 410 § 1, *sub* 9° B.W. *a contrario* dat de aankoop van een roerend goed geen machtiging behoeft. Zodoende kunnen de, zoals steeds, verantwoordelijke ouders gelden afhalen van de rekening van hun minderjarige kinderen om die te (her)beleggen, zo ook om aankopen te doen, zonder dat vrederechterlijke machtiging nodig is.

Moge het trouwens duidelijk zijn dat ouders, krachtens artikel 384 B.W., vruchtgenot hebben? De ouders hebben het genot van sommige goederen van hun kinderen tot aan hun meerderjarigheid of hun ontvoogding. Aldus komen de huurgelden die voortkomen uit de verhuring van onroerende goederen van de minderjarige toe aan diens ouder(s) (N. DELFORGE, “Het sluiten van een huurovereenkomst door een minderjarige – Gevolgen van de nieuwe Voogdijwet”, *Waarvan Akte* 2003, p. 2, nr. 7). Het genot wordt gekoppeld aan het beheer: het behoort toe hetzij aan beide ouders samen, hetzij aan de ouder die belast is met het beheer van de goederen van het kind.

Voor zover de ouders vruchtgenot hebben, behoeven zij geen machtiging voor het aanwenden, gebeurlijk vervreemden van die vruchten.

Op een bankrekening geplaatste gelden vallen traditioneel niet onder het ouderlijke vruchtgenot (P. SENAEVE, *a.w.*, II, p. 132, nr. 1059) (vgl.: art. 379, tweede lid B.W.).

718 Ouders zijn bovenal verantwoordelijke personen: deze verantwoordelijkheid kan enkel worden gestimuleerd door hun volheid van bevoegdheid te beklemtonen (zie in die zin ook: T. MOREAU en J. SOSSON, *t.a.p.*, 696). Zodoende past een redelijke uitlegging van de in artikel 378 bedoelde verwijzing naar de lijst van handelingen van artikel 410 B.W.

Zoals vermeld, bestaat een van de functies van het ouderlijke vruchtgenot erin te vermijden dat er bij het einde van het beheer door de ouders over de goederen van hun kinderen, pijnlijke en ingewikkelde rekeningen zouden moeten worden opgesteld, dit met betrekking tot jaren vóórdien genoten

inkomsten. De ouders zijn slechts rekenschap verschuldigd “aan het einde van de rit”: voor het kapitaal en voor de inkomsten waarvan ze niet het vruchtgenot hebben (art. 379, eerste lid B.W.).

De periodieke controle (naar aanleiding van de jaarlijkse verslaggeving in de zin van de art. 413 en 420 B.W.) geldt niet voor de ouder(s) (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *t.a.p.*, p. 1535, nr. 168).

Ten tijde van de parlementaire voorbereiding van de Reparatielwet van 13 februari 2003 heeft men voorgesteld om zo’n periodieke controle in te voeren. Elk minderjarig kind zou dan op gelijk welk ogenblik kunnen vragen dat zijn ouders rekening en verantwoording afleggen met betrekking tot de aangelegenheden die het aanwijst. De verantwoording luidt als volgt: “In de praktijk moeten de ouders maar rekening en verantwoording afleggen op het einde van het ouderlijk gezag, dus op het ogenblik van de meerderjarigheid. Het probleem rijst dat ouders aanzienlijke sommen geld kunnen afhaken van de rekening van de minderjarige en deze mogelijks niet in het belang van hun kind beheren. Indien zij pas ter verantwoording kunnen worden geroepen op het moment van de meerderjarigheid van hun kind, is het kwaad vaak al lang geschied en kan de schade vaak niet meer worden hersteld. Om dit te verhelpen, moet de verplichting van de ouders om rekening en verantwoording af te leggen, ook mogelijk zijn gedurende de minderjarigheid van het kind. De ouders moeten ook gedurende de periode dat hun ouderlijk gezag nog loopt, hun beheer kunnen rechtvaardigen. Deze verantwoording moet in voorkomend geval worden afgelegd aan de vrederechter.” (*Parl. St. Kamer 2001-02*, 50 1772/004, p. 4-5).

Het voorstel is er niet doorgelopen (*Parl. St. Kamer 2002-03*, 50 1772/007, p. 23).

Artikel 379, eerste lid B.W. blijft aldus gelden: de ouders die belast zijn met het beheer van de goederen van hun minderjarige kinderen, zijn bij het einde van dit beheer rekening en verantwoording verschuldigd wat betreft de eigendom en de opbrengsten van de goederen waarvan zij niet het genot hebben, en wat betreft de eigendom alleen van de goederen waarvan hen volgens de wet het genot toekomt.

Zie hierover: P. SENAËVE, “Art. 379 B.W.”, in A. HEYVAERT, J. GERLO en P. SENAËVE (reds.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1987, p. 3-5, nrs. 2-8.

TITEL VII
VERANTWOORDINGSVERPLICHTING

HOOFDSTUK I
PERIODIEKE VERANTWOORDINGSVERPLICHTING

AFDELING I

JAARLIJKSE REKENING INZAKE HET BEHEER

719 Het spreekt voor zich dat voor elke vorm van bewind een (er onlosmakelijk mee verbonden) verantwoordingsverplichting geldt, zo ook inzake de voogdij.

720 Krachtens het oude artikel 470, eerste en derde lid B.W. kon elke voogd (behoudens de ouderlijke voogd) verplicht worden om, zelfs gedurende de voogdij, aan de toeziende voogd en aan de familieraad staten betreffende zijn beheer over te leggen en dit op de door de familieraad (bij het begin van de voogdij) bepaalde tijdstippen, zonder dat de voogd evenwel kon worden genoodzaakt er ieder jaar meer dan één in te dienen. De overlegging van dergelijke (overeenkomstig het oude art. 470, tweede lid B.W., “zonder kosten en zonder enige rechtsvorm” op te maken) periodieke staten inzake het gevoerde beheer was evenwel louter facultatief. Enkel wanneer de voogd zijn opdracht eindigde (ook al liep de voogdij verder), was hij, krachtens het oude artikel 469 B.W., verplicht over zijn beheer rekening en verantwoording te doen, zij het alweer zonder dat een en ander aan specifieke vormen was gebonden.

Waar de bedoelde slotrekening in de praktijk zelden bleek voor te komen, was dit *a fortiori* het geval voor de overlegging van de periodieke verantwoordingsstaten (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 74; E. VIEUJEAN, “Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens”, *T.B.B.R.* 1993, p. 139, nr. 50). Enkel wanneer de bedoelde rekeningen tot betwisting aanleiding gaven, werd de (vrede)rechter erbij betrokken (oud art. 473 B.W.).

Het gebeurde evenwel dat (niet de familieraad, maar) de vrederechter (zelf) de voogd (in de loop van de voogdij) ter verantwoording riep en aldus de mogelijkheid te baat nam om een lopende voogdij middels periodieke verantwoordingsstaten op te volgen, inzonderheid wanneer omvangrijke vermogensbestanddelen) aan de orde waren, bijvoorbeeld zo een nieuwe, belangrijke nalatenschap aan de pupil was toegefallen, zo een nieuwe belegging diende te gebeuren of zo, uitzonderlijk, de handelszaak van een overleden ouder werd voortgezet en wanneer hij om een of andere reden misbruiken vreesde (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *a.w.*, 73).

721 Inzake het voorlopig bewind blijkt de in artikel 488*bis*, c § 3 B.W. vooropgestelde periodieke verantwoordingsverplichting daarentegen behoor-

lijke toepassing te vinden (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1523, nr. 150; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 2000, p. 26, nr. 30).

De wetgever van 3 mei 2003 heeft deze jaarlijkse verplichting verzwaard (Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, p. 167-169, nrs. 246-249; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 17-18, nrs. 45-47; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 201-202, nrs. 424-425). De verantwoording gebeurt in de regel ten behoeve van zowel de beschermde persoon als de vrederechter, tenzij de gezondheidstoestand van de beschermde persoon ertoe noopt dat de voorlopige bewindvoerder zich (enkel) rechtstreeks tot de vrederechter wendt (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 140, nr. 50). Indien er een is, brengt de voorlopige bewindvoerder ook de vertrouwenspersoon van de pupil op de hoogte; bij ontstentenis van een vertrouwenspersoon kan de vrederechter een andere persoon of instelling aanwijzen die door de voorlopige bewindvoerder op de hoogte moet worden gebracht (art. 488bis, c § 3, vierde lid B.W.).

722 Voormelde bepaling werkte dan ook inspirerend voor het nieuwe artikel 413 B.W. inzake de voogdij, krachtens welk de voogd jaarlijks de rekening inzake zijn beheer “in het procesdossier neerlegt” (art. 1237 Ger.W.) (H. CASMAN, “De nieuwe voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2001, 228). Dit komt in wezen hierop neer dat de voogd jaarlijks, middels een (schriftelijke) verantwoordingsstaat, van zijn mandaat rekenschap aflegt aan de vrederechter. Deze rekening (staat) wordt eveneens overhandigd aan de toeziende voogd en aan de minderjarige (pupil) indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

De jaarlijkse overlegging van de rekening is belangrijk met het oog op een regelmatige controle door de vrederechter en door de toeziende voogd (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 25). De jaarlijkse beheersrekening laat toe systematisch de ontwikkelingen in het vermogen van de pupil na te gaan (C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 496, nr. 101).

Indien nodig, kan de vrederechter, ambtshalve of op verzoek van de toeziende voogd, de voogd oproepen ten einde hem (in raadkamer) toelichting te geven. Bij het overhandigen van de rekening kan de rechter ook de toeziende voogd

en de (minderjarige) pupil oproepen om de voogdij te evalueren en om eventuele problemen inzake het vermogensbeheer te onderzoeken (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 25).

723 Krachtens artikel 413, tweede lid B.W. zullen eenvormige regels inzake de wijze van overlegging, en met name inzake de inhoud en de vorm, van de (periodieke) rekeningen van het beheer worden vastgesteld bij koninklijk besluit. Een dergelijke eenvormigheid moet de controle vereenvoudigen.

In afwachting laten de vrederechters zich inspireren door (de rechtspraak inzake) het voorlopig bewind, met dien verstande dat een zo eenvoudig mogelijk dagdagelijks taalgebruik de boodschap moet zijn.

Zie dienaangaande ook: C. CAPITAINE, “Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale”, in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 158, alwaar wordt gewezen op het initiatief van de hoofdgriffiers van de vrederechters die een voorstel hebben overgemaakt aan het Ministerie van Justitie; C. CAPITAINE en S. THIELEN, “La loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs et la loi ‘réparatrice’ du 13 février 2003: aspects pratiques”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, 110-111.

724 De vraag rijst tot waar de controle(bevoegdheid) precies reikt. De wet bepaalt niet dat de vrederechter de periodieke rekeningen moet goedkeuren. De (periodieke) verantwoordingsverplichting is evenwel zinloos indien de vrederechter geen standpunt zou innemen. De vrederechter kan de rekeningen niet zonder meer in het procesdossier opslaan, maar moet ze ofwel goedkeuren ofwel afkeuren. Hoe dan ook kan de voogd wiens beheer getuigt van onbekwaamheid of ontrouw in de zin van artikel 398, *sub* 2° B.W., door de vrederechter (zelfs ambtshalve) uit de voogdij worden ontzet (art. 399 B.W.). Door niet aldus te handelen, blijkt (minstens) een impliciete goedkeuring van de hem overgelegde rekeningen (E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, *t.a.p.*, p. 27, nr. 30).

De goedkeuring van de jaarlijkse rekeningen houdt echter geen *décharge* van de voogd in, nu de vrederechter hiertoe hoe dan ook geen bevoegdheid heeft.

Zie ook: M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1522, nr. 149.

Bovendien is de goedkeuring van de jaarlijkse rekeningen van een louter voorlopige aard, te meer nu zij geschiedt op basis van een geheel van “blijkbaar” regelmatige stukken.

Zie ook: E. VIEUJEAN, “Questions relatives à l'administration provisoire des biens appartenant à un majeur”, in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l'université de Liège, 1995, p. 29, nr. 29.

De voogd geeft pas definitieve verantwoording inzake zijn beheer op het einde van zijn mandaat. Alsdan komt het niet de vrederechter, maar wel hetzij (ingeval de voogdijopdracht eindigt) de nieuwe voogd, hetzij (ingeval de voogdij *in se* eindigt) de (ontvoogde, dan wel meerderjarige geworden) pupil zelf (of zijn rechtsopvolgers) of zijn (adoptief)ouder(s) toe om de gewezen voogd

(of, ingeval de voogdijopdracht eindigt ten gevolge van het overlijden van de voogd, zijn rechtsopvolgers) *décharge* te verlenen.

De ontvoogde minderjarige doet dit met bijstand van de curator (*ad hoc*), aldus artikel 480, derde lid B.W.

725 Inzake het voorlopig bewind, kan de vrederechter, zo nodig, een deskundige, zoals een boekhouder, een bedrijfsrevisor of een accountant, aanstellen teneinde de werkzaamheden van de voogd met kennis van zaken te kunnen controleren, zo het bijvoorbeeld een moeilijk te overzien, dan wel technisch moeilijk te beheren vermogen betreft.

Zie: W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, "Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen", in P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 191, nr. 386; E. VIEUJEAN, "Questions relatives à l'administration provisoire des biens appartenant à un majeur", *t.a.p.*, p. 29-30, nr. 30.

Vgl.: A. WYLLEMAN, "Twee jaar voorlopig bewind", in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een post-moderne samenleving – 20 jaar Post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, p. 147, nr. 11, die *de lege ferenda* een mogelijkheid tot delegatie voorstelt.

Ook inzake de voogdij kan de vrederechter zich aldus laten bijstaan, zonder evenwel zijn bevoegdheid te (kunnen) delegeren (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1523, nr. 149). Voor sommige bewinden is dit trouwens de enige mogelijkheid om tot een effectieve controle te komen. Men kan bezwaarlijk van de vrederechter verlangen dat hij zich, ten koste van de overige werkzaamheden, zou wagen aan een al te tijdrovende controle (E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 27-28, nr. 30). De bedoelde mogelijkheid tot bijstand kadert overigens binnen de grote autonomie die de wetgever aan de vrederechter toekent, zowel inzake het voorlopig bewind als inzake de voogdij. De kosten zijn, redelijkerwijze, ten laste van de pupil, wiens vermogen de bedoelde bijstand noodzaakt (F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *R.W.* 2001-02, p. 18, nr. 90; E. VIEUJEAN, "Premier regard sur la nouvelle tutelle", *t.a.p.*, p. 28, nr. 30).

AFDELING II

AFSLUITING VAN DE VOOGDIJREKENINGEN BIJ VERVANGING VAN DE VOOGD

726 Indien de voogd moet worden vervangen, wordt diens slotrekening afgesloten op de dag van de beschikking waarbij de nieuwe voogd wordt benoemd (art. 393 B.W.), zulks onverminderd de dringende maatregelen die de vrederechter treft overeenkomstig artikel 391, eerste lid B.W. en die noodzakelijk zijn voor de bewaring van de goederen van de pupil.

De verantwoordingsverplichting (door de gewezen voogd of zijn rechtsopvolgers) geldt aldus tot op de datum van zijn vervanging. De rekening wordt alsdan afgesloten.

727 De gewezen voogd of, bij diens overlijden, zijn rechtsopvolgers leggen verantwoording af aan de nieuwe voogd (die op zijn verantwoordelijkheid kwijting kan verlenen), niet aan de pupil zelf (G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, "Overzicht van rechtspraak (1964-1974): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1976, p. 507, nr. 155). Deze laatste krijgt wel, indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, een exemplaar van de bedoelde slotrekening (art. 415, eerste lid B.W.).

Op die manier wordt naar de pupil toe een zogeheten "eenheid van voogdij" bewerkstelligd, ook al treedt er een nieuwe voogd in de plaats van de oude (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1303, nr. 1423). De pupil zelf kan, bij een dergelijke persoonsverwisseling, de gewezen voogd of zijn rechtsopvolgers geen kwijting verlenen. Dit komt enkel de nieuwe voogd toe en wel op zijn verantwoordelijkheid. Het is de voogd in functie op het einde van de voogdij *in se* die (als enige) ten behoeve van de gewezen pupil of zijn rechtsopvolgers, gebeurlijk ten behoeve van zijn (adoptief)ouder(s), verantwoording moet afleggen. Die verantwoording beslaat ook de periode van voogdij voorafgaand aan zijn aanstelling. Voor de pupil zelf betreft de onderlinge relatie tussen de elkaar opvolgende voogden een *res inter alios acta*. Het zij overigens opgemerkt dat, in die onderlinge relatie, de verbodsbepaling van artikel 416, eerste lid B.W. (volgens welke, zolang de definitieve voogdijrekening niet is goedgekeurd, geen geldige overeenkomsten kunnen worden gesloten) niet van toepassing is.

HOOFDSTUK II
**VERANTWOORDINGSVERPLICHTING BIJ HET EINDE VAN DE
 VOOGDIJ(OPDRACHT)**

AFDELING I

GEVALLEN VAN BEËINDIGING

728 Krachtens artikel 413, eerste lid B.W. legt de voogd “in functie” jaarlijks de rekening inzake zijn beheer neer in het procesdossier. Deze rekening wordt eveneens overhandigd aan de toeziende voogd en aan de minderjarige indien hij vijftien jaar oud is. De vrederechter kan, ambtshalve of op verzoek van de toeziende voogd, de voogd oproepen teneinde in raadkamer toelichtingen te geven.

Krachtens artikel 413, tweede lid B.W. zullen eenvormige regels inzake de wijze van overlegging, en met name inzake de inhoud en de vorm, van de (periodieke) rekeningen van het beheer worden vastgesteld bij koninklijk besluit.

Een en ander betreft de periodieke verantwoordingsverplichting, die los staat van de verantwoordingsverplichting bij het einde van de voogdij.

729 Wat deze laatste verantwoordingsverplichting betreft, geldt een fundamenteel onderscheid tussen enerzijds de gevallen waarin de voogdijopdracht aan de zijde van een bepaalde voogd eindigt (terwijl de voogdij *in se* voortduurt) en anderzijds de gevallen waarin de voogdij *in se* (als begeleidingsregeling, dan wel als gezagsinstituut) eindigt.

Het einde van de voogdijopdracht aan de zijde van een bepaalde voogd impliceert geenszins het einde van de voogdij *in se*. Het omgekeerde is wel waar. Telkenmale het voogdijgezag eindigt, loopt de lopende voogdijopdracht (van de voogd in functie) evenzeer af. Hetzelfde geldt voor de toeziende voogd, wiens taken eindigen op hetzelfde tijdstip als de voogdij (art. 402, vierde lid B.W.).

§ 1. Gevallen waarin de voogdijopdracht eindigt

730 De voogdijopdracht aan de zijde van een bepaalde voogd (*a parte tutoris*) eindigt in een viertal onderscheiden gevallen.

731 Ten eerste eindigt de voogdijopdracht indien de vrederechter hem in de loop van de voogdij van zijn opdracht ontlast wegens door de (ontslagneme) voogd aangevoerde wettige redenen in de zin van artikel 396, tweede lid B.W.

Zie bv. over de appreciatiebevoegdheid van de vrederechter inzake voorlopig bewind: Vred. Sint-Kwintens-Lennik 16 maart 1998, *T.B.B.R.* 1999, 389, noot F. SWENNEN.

732 Ten tweede eindigt de voogdijopdracht indien er zich in de loop van de voogdij een reden van onbekwaamheid voordoet in de zin van artikel 397 B.W.

Een dergelijke onbekwaamheid is automatisch aan de orde wanneer de voogd in functie niet langer de vrije beschikking heeft over zijn goederen (van zodra zijn geestelijke onvolwaardigheid haar neerslag heeft gevonden in een privaatrechtelijk beschermingsstatuut) en met name ingeval hij (zeer uitzonderlijk) in staat van verlengde minderjarigheid wordt verklaard in de zin van de artikelen 487*bis*-487*octies* B.W., ingeval hij gerechtelijk onbekwaam wordt verklaard in de zin van de artikelen 489-512 B.W. en 1238-1253 Ger.W., ingeval aan hem een gerechtelijk raadsman is toegevoegd in de zin van de artikelen 513-515 B.W. en 1238-1253 Ger.W. en wanneer aan hem een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd in de zin van artikel 488*bis*, a-k B.W.

De voogd is evenzeer onbekwaam wanneer hij wettelijk onbekwaam wordt ingevolge een strafrechtelijke veroordeling (tot een criminele vrijheidsberovende straf) in de zin van de artikelen 21-24 en 89-90 Sw.

Ten slotte is de voogd niet langer bekwaam ingeval de jeugdrechtbank, te zijnen laste (zij het als ouder van andere kinderen dan deze waarvan hij de voogd is), een (jeugd)beschermingsmaatregel heeft bevolen in de zin van de artikelen 29-35 van de Jeugdbeschermingswet en met name een controlemaatregel op de besteding van de kinderbijslag of van een andere sociale uitkering (art. 29), opvoedingsbijstand (art. 30-31), dan wel een volledige of gedeeltelijke ontzetting uit het ouderlijk gezag (art. 32-35).

In deze gevallen moet de voogd immers onmiddellijk vervangen worden, zonder dat de vrederechter hierbij over enige appreciatiebevoegdheid beschikt (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 19-20; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MAS-SON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1193, nr. 1282).

733 Ten derde eindigt de voogdijopdracht indien de vrederechter de voogd (hetzij op verzoek van de toeziende voogd, hetzij op verzoek van het openbaar ministerie, hetzij zelfs ambtshalve) in de loop van de voogdij (o.w.v. alsdan "actuele" feiten; Cass. 21 november 1946, *R.W.* 1947-48, 1247; Gent 18 december 1880, *Pas.* 1881, II, 132; Rb. Luik 1 maart 1983, *Jur. Liège* 1983, 222) uit zijn opdracht ontzet in de zin van de artikelen 398-399 B.W. en 1235 Ger.W.

Zie terzake ook: C. DAUBANTON, "L'inscription hypothécaire tutélaire", *T.Vred.* 1987, p. 200-201, nrs. 13-17.

Dit kan meer bepaald in geval van kennelijk wangedrag (Rb. Luik 29 november 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 183), onbekwaamheid of ontrouw (Cass. 25

september 1889, *R.W.* 1990-91, 50, noot W. PINTENS; Brussel 20 januari 1891, *Pas.* 1891, II, 237; Luik 5 december 1906, *Pas.* 1907, II, 143; Gent 5 februari 1949, *Pas.* 1950, II, 2; Gent 17 december 1987, *Pas.* 1988, II, 73; Rb. Brussel 19 januari 1889, *Pas.* 1889, III, 114; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1994, p. 2342, nr. 524), dan wel een lopend rechtsgeding tussen de voogd of een van zijn naaste familieleden enerzijds en de pupil anderzijds waarbij de staat van de pupil, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van zijn goederen zijn betrokken (Rb. Brussel 21 maart 1984, *T.Vred.* 1984, 257).

De ontzetting is echter niet noodzakelijk definitief en onherroepelijk (Rb. Gent 28 november 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 207; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, "Overzicht van rechtspraak (1981-1987): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1988, p. 615, nr. 327; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 183, nr. 1245).

In die gevallen is er weliswaar een appreciatiebevoegdheid voorhanden aan de zijde van de vrederechter (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 19).

Indien de voogd echter tot een criminele (levenslange of tijdelijke) vrijheidsberovende straf wordt veroordeeld (van minstens vijftien jaar zo het een politieke misdaad betreft), is de strafrechter, krachtens artikel 19 Sw. (L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, 2001, II, p. 258-259, nrs. 587-589), verplicht hem van zijn voogdijopdracht af te zetten. De (toezienende) voogdijopdracht behoort immers tot de zogeheten *munera publica*, dit zijn de openbare ambten en bedieningen waaraan een zekere waardigheid is verbonden, die een officieel karakter vertonen en waarmee in beginsel iedere burger kan worden belast (Luik 8 april 1884, *Pas.* 1884, II, (234), 235; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, art. 1-515, Brussel, Bruylant, art. 444, p. 535, nr. 2bis).

De afzetting is gekoppeld aan de door de rechter uitgesproken criminale straf, doch niet aan het misdrijf zoals het door de strafwet wordt gekwalificeerd. De afzetting kan derhalve niet worden uitgesproken wegens een gecorrectionaliseerde misdaad (Cass. 18 juni 1923, *Pas.* 1923, I, 377).

De afzetting is facultatief bij de veroordeling tot een (criminele) tijdelijke vrijheidsberovende straf (hechtenis) tot vijftien jaar wegens een politieke misdaad.

Indien de voogd tot een criminele (levenslange of tijdelijke, voor zover het geen politieke misdaad betreft) vrijheidsberovende straf van minstens tien jaar wordt veroordeeld, is de strafrechter bovendien, krachtens artikel 31 Sw. (L. DUPONT, *a.w.*, II, p. 259-262, nrs. 590-598), verplicht hem ook naar de toekomst toe vervallen te verklaren van het recht om (alsnog) geroepen te worden tot het ambt van voogd (Rb. Luik 29 november 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 183).

De ontzetting is facultatief en gebeurlijk tijdelijk (van tien tot twintig jaar) bij een veroordeling tot een andere criminele vrijheidsberovende straf (art. 32 Sw.). Zij betreft het geheel of sommige van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten. Alsdan moet de strafrechter op nauwkeurige wijze bepalen van welke rechten de veroordeelde ontzet wordt (Cass. 8 augustus 1940, *Pas.* 1940, I, 199).

Hetzelfde geldt inzake de gecorrectionaliseerde misdaden (Cass. 9 maart 1925, *Pas.* 1925, I, 171), met dien verstande dat de ontzetting in beginsel tijdelijk is en wel “voor ten minste vijf jaar en ten hoogste tien jaar” (art. 84, tweede lid Sw.).

De ontzetting is facultatief (tenzij de wet anders bepaalt) en steeds tijdelijk (van vijf tot tien jaar) bij een veroordeling tot een correctionele (gevangenis)-straf in de gevallen bij wet bepaald (Cass. 3 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 45) (art. 33 Sw.; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, *t.a.p.*, p. 613-614, nr. 325).

734 Ten vierde eindigt de voogdijopdracht ingeval de voogd sterft.

735 Indien er grond bestaat om de voogd te vervangen, wordt overeenkomstig artikel 393 B.W. een nieuwe voogd aangewezen, zulks onverminderd de dringende maatregelen die de vrederechter treft overeenkomstig artikel 391, eerste lid B.W. en die noodzakelijk zijn voor de bewaring van de goederen van de pupil (art. 401 B.W.).

Voor het overige blijft er (naar de pupil toe) eenheid van voogdij, ongeacht de persoonswisseling inzake de voogdijopdracht. Dit is overigens de reden waarom in voorkomend geval de gewezen voogd (of zijn rechtsopvolgers) verantwoording aflegt aan de nieuwe voogd en niet aan de pupil zelf. Het is de voogd in functie op het einde van de voogdij *in se* die (als enige) ten behoeve van de gewezen pupil of zijn rechtsopvolgers, gebeurlijk ten behoeve van zijn (adoptie)ouders, verantwoording moet afleggen (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1298, nr. 1416).

In voorkomend geval kan de opheffing van de ten laste van de vorige voogd genomen inschrijving van een wettelijke hypotheek in de zin van de artikelen 49 e.v. Hyp. W., worden ingewilligd door de nieuwe voogd op voorlegging van een voor eensluidend verklaard afschrift van het overeenkomstig artikel 415 B.W. opgemaakte proces-verbaal (art. 416, tweede lid B.W.). Met het oog op de doorhaling van de genomen inschrijving, moet aan de hypotheekbewaarder, naast een uitgifte van de akte van opheffing (eventueel de akte in brevet of de uitgifte van het vonnis: art. 93 Hyp.W.), een eensluidend afschrift van het overeenkomstig artikel 415 B.W. opgemaakte proces-verbaal en een uitgifte van de beschikking van de vrederechter waarbij de nieuwe voogd wordt aangesteld, worden overgelegd (J. BYTTEBIER, “De wettelijke hypotheek volgens de nieuwe Voogdijwet”, *Not. Fisc. M.* 2002, p. 162, nr. 15; Chr. ENGELS, “De wettelijke hypotheek van de minderjarigen en van de onbekwaamverklaarden”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 378, nr. 824).

§ 2. Gevallen waarin de voogdij *in se* eindigt

736 De voogdij *in se* (*a parte pupilli*) eindigt normalerwijze bij de meerderjarigheid van de pupil.

Zie evenwel: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1298-1299, nr. 1417.

737 Andere gronden van beëindiging van de voogdij zijn:

- de ontvoogding van de minderjarige (pupil) in de zin van de artikelen 476-486 B.W., waardoor een nieuw beschermingsstatuut intreedt (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 235, nr. 1453);
- de (gewone of volle) adoptie, zo ook de (gewone of volle) eenouderadoptie; Eventueel ook:
 - het geval waarin, bij het overlijden van de adoptant of van de adoptanten, de ouders van het geadopteerde kind gezamenlijk of alleen aan de jeugdrechtsbank vragen dat het kind opnieuw onder hun ouderlijk gezag wordt geplaatst en dit verzoek wordt ingewilligd, zodat de voogdij waarin voorheen (ingevolge het overlijden van de adoptieouder(s)) was voorzien een einde neemt (art. 353-10 B.W.);
 - en
 - het (zeer uitzonderlijke) geval waarin, na herroeping van de adoptie (art. 354-1 B.W.), de voogdij werd ingericht en pas later wordt beslist om het kind terug onder het ouderlijk gezag te plaatsen (art. 354-2, tweede lid B.W.);
- het feit dat een (van beide) ouder(s) opnieuw in de mogelijkheid verkeert om zijn wil te kennen te geven in de zin van artikel 389 B.W., bijvoorbeeld na een tijdelijke verwijdering met onbereikbaarheid tot gevolg of bij een hernomen mogelijkheid tot communicatie om medische redenen;
- en
- het overlijden van de pupil.

Zie evenwel: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1298-1299, nr. 1417.

AFDELING II

DEFINITIEVE VOOGDIJREKENING

738 Zowel de gevallen waarin er een einde komt aan de voogdijopdracht van een bepaalde voogd (maar de voogdij *in se* blijft voortduren) als de gevallen waarin de voogdij *in se* een einde neemt, impliceren een (definitieve) verantwoordingsverplichting aan de zijde van de uittredende voogd (of van zijn rechtsopvolgers) (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1297, nr. 1414). Binnen een maand na de beëindiging van zijn taak moet hij een definitieve voogdijrekening overleggen (art. 415, eerste lid B.W.).

§ 1. Wie legt verantwoording af?

739 De verantwoordingsverplichting behoort tot het wezen van de (organisatie van de) voogdij en raakt dienvolgens de openbare orde (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1157-1159, nr. 1237). De verplichting drukt op elke voogd. Vrijstelling ervan voor de voogd is dus onmogelijk (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1301, nr. 1422).

740 Indien de vrederechter ten behoeve van één voogdij meer dan één voogd aanstelt (art. 395 § 1, eerste lid B.W.), moeten zij allen verantwoording afleggen, zij het (uiteraard) elk (enkel) wat hun deelopdracht betreft.

Zie ook: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1302, nr. 1422.

741 Indien eenzelfde voogd meerdere opdrachten waarneemt, ook al gaat het bijvoorbeeld om broers en zussen uit eenzelfde gezin, moet hij, geval per geval, verantwoording afleggen, telkenmale aan de hand van een afzonderlijke rekening.

742 Indien de voogdijopdracht is beëindigd ingevolge het overlijden van de voogd, zijn zijn rechtsopvolgers verantwoording verschuldigd.

§ 2. Aan wie wordt verantwoording afgelegd?

A. INGEVAL DE VOOGDIIJOPDRACHT EINDIGT

743 In voormelde gevallen waarin de voogdijopdracht eindigt, wordt dit onmiddellijk aan de vrederechter gemeld.

744 De gewezen voogd of, bij diens overlijden, zijn rechtsopvolgers leggen verantwoording af aan de nieuwe voogd (die op zijn verantwoordelijkheid kwijting kan verlenen), niet aan de pupil zelf (G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, "Overzicht van rechtspraak (1964-1974): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1976, p. 507, nr. 155). Laatstgenoemde krijgt wel, indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, een exemplaar van de bedoelde slotrekening (art. 415, eerste lid B.W.).

745 Indien de voogd moet worden vervangen, wordt diens slotrekening afgesloten op de dag van de beschikking waarbij de nieuwe voogd wordt benoemd (art. 393 B.W.), zulks onverminderd de dringende maatregelen die de vrederechter treft overeenkomstig artikel 391, eerste lid B.W. en die noodzakelijk zijn voor de bewaring van de goederen van de pupil (art. 414 B.W.).

De verantwoordingsverplichting door de gewezen voogd of zijn rechtsopvolgers geldt aldus tot op de datum van zijn vervanging. De rekening wordt alsdan afgesloten.

746 Zoals reeds aangestipt, wordt naar de pupil toe een eenheid van voogdij bewerkstelligd, ook al treedt er een nieuwe voogd in de plaats van de oude (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1303, nr. 1423). Het komt enkel de nieuwe voogd toe om op zijn verantwoordelijkheid, bij een dergelijke persoonsverwisseling, de gewezen voogd of zijn rechtsopvolgers kwijting te verlenen. De pupil kan dit niet.

Het is de voogd in functie op het einde van de voogdij *in se* die als enige ten behoeve van de gewezen pupil of zijn rechtsopvolgers, gebeurlijk ten behoeve

van zijn (adoptief)ouder(s), verantwoording moet afleggen. Deze verantwoording omvat ook de periode van voogdij die zijn aanstelling voorafging. Voor de pupil zelf betreft de onderlinge relatie tussen de elkaar opvolgende voogden een *res inter alios acta*.

B. INGEVAL DE VOOGDIJ *IN SE* EINDIGT

747 In voormelde gevallen waarin de voogdij *in se* eindigt, wordt dit (uiteraard eveneens) aan de vrederechter gemeld.

748 In de regel legt de (gewezen) voogd verantwoording af ten behoeve van de meerderjarig geworden pupil (art. 415, eerste lid B.W.). Ook in geval van ontvoogding van de minderjarige (pupil) gebeurt de verantwoording ten behoeve van de (ontvoogde) pupil, zij het dat die, overeenkomstig artikel 480, derde lid B.W., wordt bijgestaan door de curator (*ad hoc*).

Zie terzake: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1302, nr. 1423.

749 In geval van (volle) (eenouder)adoptie, zo ook indien een (van beide) ouder(s) opnieuw in de mogelijkheid verkeert om zijn wil te kennen te geven in de zin van artikel 389 B.W., gebeurt de verantwoording ten behoeve van de (adoptief)ouder(s).

Indien (een van) de adoptant(en) de gewezen voogd zelf is, moet (gelet op de belangentegenstelling, art. 404, eerste lid B.W.) een voogd *ad hoc* worden aangesteld (aan wie verantwoording wordt afgelegd).

Zie ook: Rb. Antwerpen 18 december 1975, *R.W.* 1976-77, 52, noot J. GERLO.

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* indien (een van) de adoptant(en) de gewezen toeziende voogd is, geval waarin de vrederechter een toeziende voogd *ad hoc* aanstelt (art. 404, eerste lid B.W.) om bij voormelde overhandiging aanwezig te zijn (art. 415, eerste lid B.W.).

750 In geval van overlijden van de pupil, gebeurt de verantwoordingsverplichting ten behoeve van zijn rechtsopvolgers. Zijn geen erfgenamen bekend of nemen de erfgenamen geen standpunt in ten aanzien van de nalatenschap, dan is het aangewezen dat de voogd, ten einde zijn aansprakelijkheid (in) te dekken, om de aanstelling van een curator over de "onbeheerde nalatenschap" (in de zin van art. 811 B.W.) verzoekt. Deze kan hem dan de kwijting verlenen. Aangezien, krachtens artikel 1228 Ger.W., elke belanghebbende (nabij de rechtbank van eerste aanleg) de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap kan vorderen, komt deze vordering ook aan de voogd toe.

Zie ook: W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, "Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen", in P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 191, nr. 386, voetnoot 102.

§ 3. Hoe wordt verantwoording afgelegd?

751 Waar het oude artikel 470, tweede lid B.W. nog uitdrukkelijk bepaalde dat (zo geen betwisting voorhanden is) de bedoelde verantwoording zonder enige specifieke rechtsvorm geschiedde, schrijft de wetgever ook thans geen bijzondere vormvereisten voor.

Zie bv. reeds: Gent 24 april 1882, *Pas.* 1882, II, 212; Gent 23 december 1897, *Pas.* 1898, II, 230; Brussel 6 mei 1964, *Pas.* 1965, II, 146.

Anders dan onder het oude recht (waar een mondelinge verantwoording, zo ook de kwijting, niet uitgesloten was), moet een en ander wel schriftelijk gebeuren, nu de bedoelde rekeningen (verplicht) aan de betrokkenen worden overhandigd (art. 413, eerste lid en 415, eerste lid B.W.) en tevens in het procesdossier (art. 1237 Ger.W.) worden gevoegd. Mede vanuit bewijsrechtelijk oogpunt, is (in de praktijk) een schriftelijke voogdijrekening hoe dan ook onoverkomelijk.

Zie onder het oude recht: Rb. Brussel 27 mei 1971, *J.T.* 1971, 646, alwaar wordt geoordeeld dat de mondelinge goedkeuring kan worden afgeleid uit de omstandigheden van de zaak en inzonderheid uit de vaststelling dat de nieuwe voogd geen opmerkingen of kritiek heeft uitgebracht betreffende het beheer van de voorgaande voogd; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1304, nr. 1425.

752 Enkel in geval van betwisting geschiedt de “rekening en verantwoording” gerechtelijk overeenkomstig de artikelen 1358-1369 Ger.W. (art. 415, vierde lid B.W.) (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1305-1306, nr. 1426). De te dezen bevoegde rechtsinstantie is de rechtbank van eerste aanleg van het arrondissement waar de voogdij is ontstaan in de zin van artikel 390, eerste lid B.W. (art. 627, *sub* 1° Ger.W.) (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1306, nr. 1426).

753 De voogdijrekening betreft een (boekhoudkundig opgestelde) balans van enerzijds ontvangsten, met inbegrip van wat de voogd redelijkerwijze had moeten ontvangen maar wat hij niet aldus heeft gedaan, en anderzijds uitgaven (Rb. Marche-en-Famenne 13 juni 1964, *Jur. Liège* 1964-65, 163; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1306, nr. 1427; E. VIEUJEAN, “Premier regard sur la nouvelle tutelle”, in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de police*, Luik, Faculté de droit de l’université de Liège, 2000, p. 29, nr. 31).

754 In de lijn van het oude artikel 471, tweede lid B.W. dat bepaalde dat men in de slotrekening op het tegoed van de voogd alle uitgaven inbrengt die “voldoende gerechtvaardigd en met een nuttig doel gedaan” zijn, geldt ook thans dat de voldoende te rechtvaardigen en tevens met een nuttig doel verrichte (aanzienlijke) uitgaven moeten worden aangenomen, ook al zijn zij strikt gezien niet noodzakelijk, bijvoorbeeld herstellings- en verbeteringswerkzaamheden met betrekking tot een onroerend goed van de pupil (Rb. Luik 1 juni 1910, *Pas.* 1910, III, 269). Het spreekt (evenwel) voor zich dat het geenszins de bedoeling is dat de voogd met betrekking tot alle (courante) uitgaven verantwoording moet verschaffen. De voogdij moet vooral werkzaam zijn, wat bijvoorbeeld maakt dat de voogd zonder meer die uitgaven kan

verrichten, die zich binnen de overeenkomstig artikel 407 § 1, *sub* 1° en 2° B.W. (door de vrederechter) bepaalde bedragen (waarover de voogd jaarlijks beschikt voor het onderhoud en de opvoeding van zijn pupil en voor het beheer van zijn goederen) situeren en waarvoor de voogd geen machtiging van de vrederechter behoeft. De vrederechter geniet terzake een onaantastbare beoordelingsbevoegdheid (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1307, nr. 1427).

755 De slotrekening moet hoe dan ook volledig zijn. Zo gaat het bijvoorbeeld niet op een aantal belangrijke uitgaveposten, zoals de met de herstelling van een onroerend goed van de pupil gepaard gaande kosten of de fundamentele uitbatingskosten van een (gebeurlijk voortgezette) handel (art. 410 § 1, *sub* 10° B.W.), achterwege te laten.

Zie bv.: Vred. Sankt Vith 6 maart 2002, *T.Vred.* 2002, 410.

756 Ook moet de slotrekening betrekking hebben op de globale voogdij, hetgeen betekent dat, indien meerdere voogdijopdrachten elkaar opvolgen, de voogd in functie op het einde van “de voogdij *in se*” niet alleen rekenschap moet afleggen over het door hem waargenomen beheer, maar ook over dat van zijn voorganger(s) (Cass. 7 april 1864, *Pas.* 1864, I, 208; Rb. Brussel 27 mei 1971, *J.T.* 1971, 646). Desnoods dient de laatste voogd aldus, op zijn verantwoordelijkheid, (een) afrekening(en) van zijn voorganger(s) op te vragen. De pupil zal immers slechts een klare kijk op de zaak hebben nadat hem een volledig overzicht van zijn rechten en plichten is overgelegd, met inbegrip van deze voortvloeiend uit voorafgaande voogdijopdrachten.

757 Binnen de (definitieve) voogdijrekening geschiedt de verantwoording jaar per jaar, zoals overigens mede blijkt uit artikel 407 § 1, *sub* 1° en 2° B.W. (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1306, nr. 1427; Brussel 23 april 1897, *Pas.* 1897, II, 351). In het raam van zijn slotrekening herneemt de voogd overigens, mits gebeurlijke aanpassingen (precisering), de reeds overgelegde jaarlijkse rekeningen. Zoals reeds vermeld, zij eens te meer beklemtoond dat de goedkeuring (door de vrederechter) van de jaarlijkse rekeningen geen *décharge* inhoudt en een louter voorlopig karakter heeft. Zij geschiedt op basis van een geheel van (op dat ogenblik) “blijkbaar” regelmatige stukken. De voogd geeft pas definitieve verantwoording inzake zijn beheer op het einde van zijn mandaat, ogenblik waarop het niet de vrederechter, maar wel hetzij (ingeval de voogdijopdracht eindigt) de nieuwe voogd, hetzij (ingeval de voogdij *in se* eindigt) de (ontvoogde, dan wel meerderjarig geworden) pupil zelf (of zijn rechtsopvolgers) of zijn (adoptief)ouder(s) toekomt om de gewezen voogd (of, ingeval de voogdijopdracht eindigt ten gevolge van het overlijden van de voogd, zijn rechtsopvolgers) kwijting te verlenen.

De ontvoogde minderjarige doet zulks met bijstand van de curator (*ad hoc*), aldus artikel 480, derde lid B.W.

Hierbij komt het de voogd geenszins toe (rechtstreekse) argumenten te halen uit de reeds (door de vrederechter) gehechte (uitdrukkelijke of stilzwijgende) goedkeuringen met betrekking tot de periodieke verantwoordingsstaten.

758 De voogd moet bovendien een duidelijk onderscheid maken tussen de wijzigingen inzake het te beheren vermogen zelf (dit is het kapitaal) enerzijds en het beheer van de vruchten ervan (met weergave van de ermee verrichte uitgaven) anderzijds. Zo bijvoorbeeld (in de afgelopen periode) een (belangrijk) (on)roerend goed van de pupil is ten gelde gemaakt (art. 410 § 1, *sub* 1° B.W.), preciseerd de voogd het gebruik, dan wel de plaatsing van de verkoopprijs. Zo ook preciseerd de voogd in welke mate hij het vrijgekomen (roerend) kapitaal hetzij op gelijkaardige wijze (art. 408, tweede lid B.W.), hetzij op een meer rendabele wijze (art. 409 § 2, vierde lid B.W.) heeft geplaatst (art. 407 § 1, *sub* 5° B.W.). Wat de vruchten betreft, duidt de voogd aan welke uitgaven hij ermee heeft verricht (art. 407 § 1, *sub* 1° en 2° B.W.), alsook de wijze waarop hij “het saldo van de inkomsten boven de uitgaven” heeft belegd (art. 407 § 1, *sub* 3° B.W.). Te dezen kan het bijvoorbeeld volstaan dat de voogd aantoont dat de kosten van huisvesting, levensonderhoud, toezicht, opvoeding en opleiding van de pupil (ruimschoots) de vruchten van het aan de pupil toebehorend kapitaal overstijgen (Rb. Luik 18 oktober 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 179).

759 Krachtens artikel 415, eerste lid B.W. heeft de gewezen voogd in beginsel één maand na de beëindiging van zijn taken om hiertoe over te gaan. Hetzelfde geldt voor zijn rechtsopvolgers ingeval de voogdijopdracht eindigt ingevolge het overlijden van de voogd. De termijn van een maand is niet dwingend.

760 De overhandiging van de definitieve voogdijrekening (met het oog op de goedkeuring ervan) gebeurt in aanwezigheid van de toeziende voogd en van de vrederechter (art. 415, eerste lid B.W.), en dit in een van de lokalen van het vredegerecht (in raadkamer) op een door de vrederechter bepaalde datum. Tegen die datum worden de gewezen voogd of zijn rechtsopvolgers, de toeziende voogd, in voorkomend geval de nieuwe voogd en de pupil indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, opgeroepen en dit, zoals vermeld, in beginsel binnen een maand na de beëindiging van de voogdijopdracht.

761 Alsdan redigeert de vrederechter een proces-verbaal, vermeldende dat de verantwoordingsverplichting is vervuld, dat de (slot)rekening is goedgekeurd (samen en met de vrederechter) en dat aan de (gewezen) voogd (of zijn rechtsopvolgers), in voorkomend geval onder voorbehoud, kwijting is verleend (inzonderheid door hetzij de nieuwe voogd, hetzij de gewezen pupil), dit alles overeenkomstig artikel 415, tweede lid B.W. Ook dit proces-verbaal wordt in het procesdossier (art. 1237 Ger.W.) gevoegd (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 26). Volledigheidshalve bepaalt artikel 415, derde lid B.W. dat elke goedkeuring van de voogdijrekening, voorafgaandelijk aan de redactie van het voormelde proces-verbaal, nietig is. Dit geldt zowel (in-

geval de voogdijopdracht eindigt) voor de nieuwe voogd als (ingeval de voogdij *in se* eindigt) voor de (ontvoogde, dan wel meerderjarig geworden) pupil zelf (of zijn rechtsopvolgers) of zijn (adoptief)ouder(s). De bedoelde goedkeuring geschiedt aldus steeds samen en met de vrederechter. Voor de goede (en praktische) orde is het evenwel aangewezen dat de voogd (of zijn rechtsopvolgers), ten dien einde, (even) op voorhand aan de vrederechter (zo ook aan de toeziende voogd) een exemplaar van zijn slotrekening toezendt (binnen een maand na de beëindiging van de voogdijopdracht) met verzoek een datum voor de (formele) overhandiging in de zin van artikel 415, eerste lid B.W. te willen bepalen. Evenals inzake de periodieke verantwoordingsstaten (art. 413, eerste lid B.W.), kan de vrederechter alsdan (ambtshalve) de voogd oproepen ten einde hem (in raadkamer) bijkomende toelichtingen te doen geven.

762 Op voorlegging van een eensluidend afschrift van het voormelde procesverbaal, verleent hetzij (ingeval de voogdijopdracht eindigt) de nieuwe voogd, hetzij (ingeval de voogdij *in se* eindigt) de (ontvoogde, dan wel meerderjarig geworden) pupil zelf (of zijn rechtsopvolgers) of zijn (adoptief)ouder(s), ten behoeve van de gewezen voogd (of, ingeval de voogdijopdracht eindigt ten gevolge van het overlijden van de voogd, zijn rechtsopvolgers), opheffing van de gebeurlijke zekerheidsstelling die de voogd inzake zijn beheer heeft gegeven (art. 416, tweede lid B.W.).

Zie hierover uitgebreid: J. BYTTEBIER, *t.a.p.*, p. 161-162, nr. 15; Chr. ENGELS, *t.a.p.*, p. 377-378, nrs. 823-824.

De ontvoogde minderjarige doet zulks met bijstand van de curator (*ad hoc*), in het licht van artikel 480, derde lid B.W.

763 Zoals vermeld, zullen (luidens art. 413, tweede lid B.W.) eenvormige regels inzake de wijze van overlegging, en met name inzake de inhoud en de vorm, van de (periodieke) rekeningen van het beheer worden vastgesteld bij koninklijk besluit, dit om de controle te vereenvoudigen. Het spreekt voor zich dat een en ander eens te meer voor de slotrekeningen geldt.

764 Zoals eveneens reeds aangegeven inzake de (vrede)rechterlijke controle met betrekking tot de jaarlijkse rekeningen, kan de vrederechter, zo nodig, ook ter controle van de slotrekening, een deskundige (zoals een boekhouder, een bedrijfsrevisor of een accountant) aanstellen ten einde de werkzaamheden van de voogd met kennis van zaken te kunnen controleren, waarbij de kosten (redelijkerwijze) ten laste zijn van de pupil, wiens vermogen de bedoelde bijstand noodzaakt.

§ 4. Kosten

765 De vrederechter beslist wie “ten slotte” de kosten van de voogdijrekening(en) draagt (art. 415, eerste lid B.W.) (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 25).

766 In de regel komen zij ten laste van de pupil, zowel wanneer de voogdij-opdracht eindigt aan de zijde van een bepaalde voogd als wanneer de voogdij *in se* eindigt (E. VIEUJEAN, *t.a.p.*, p. 29, nr. 31).

767 Wanneer evenwel de voogdijopdracht eindigt omdat er zich in de loop van de voogdij aan de zijde van de voogd een reden van onbekwaamheid voordoet in de zin van artikel 397 B.W. of omdat de vrederechter de voogd in de loop van de voogdij uit zijn opdracht ontzet in de zin van de artikelen 398-399 B.W. en 1235 Ger.W., komen de kosten logischerwijze ten laste van de voogd (H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 41, nr. 33; M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1526, nr. 155). Hetzelfde geldt zo de voogd bijvoorbeeld zou weigeren de voogdijrekening te overleggen en bij een (gerechtelijke) betwisting in het ongelijk wordt gesteld (*Parl. St. Kamer* 1999-2000, 50 0576/001, p. 25).

AFDELING III

OPRECHTHEID VAN DE (DEFINITIEVE) VOOGDIJREKENING

768 In de regel verschaft de (gewezen) voogd, op het einde van de voogdij *in se*, verantwoording ten behoeve van zijn pas meerderjarig geworden en derhalve handelingsbekwame pupil. Hoewel alsdan twee bekwame personen, op voet van gelijkheid, tegenover elkaar staan, is dit een louter theoretisch gegeven. De pas bekwame *ex*-pupil fungeert nog al te zeer binnen de invloedssfeer van zijn gewezen voogd. Gebeurlijk is hij ook al te haastig om over zijn vermogen te kunnen beschikken.

769 Onder het oude recht werd de vrederechter, in dit *quod plerumque fit*, niet bij de definitieve verantwoording betrokken. Het overgrote deel van de vrederechters stond dan ook sceptisch tegenover het aanwenden van de slotrekening en vermoedde zelfs dat zij in de praktijk zelden naleving vond (H. NUYTINCK m.m.v. R. GOTZEN, *Voogdij over minderjarigen – Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 74). Slechts bij uitzondering drong de vrederechter erop aan dat de slotrekening (ook) tegenover hemzelf (in zijn kabinet) werd gemaakt. In voorkomend geval ondertekenden de voogd, de toezienende voogd en de pupil een en ander, samen met de vrederechter, “voor akkoord”.

770 Thans is de vrederechter wel degelijk betrokken partij ter (periodieke en definitieve) controle van het door een (gewezen) voogd gevoerde beheer (art. 413, eerste lid en 415, eerste lid B.W.).

Deze (vrede)rechterlijke controle maakt een essentiële waarborg uit voor de oprechtheid van de overgelegde voogdijrekening.

771 Teneinde verder een oprechte (definitieve) voogdijrekening te waarborgen, bepaalt de wetgever in artikel 416, eerste lid B.W. dat, zolang de definitieve voogdijrekening niet is goedgekeurd, tussen de (pas) meerderjarig geworden pupil en zijn gewezen voogd geen geldige overeenkomsten kunnen worden gesloten. Artikel 416 B.W. spreekt ten onrechte over de “minderjarige”: in beginsel gaat het om de pas meerderjarige, minstens de ontvoogde minderjarige, gebeurlijk zelfs de rechtsoptvolgers van de pupil (M. VERRYCKEN, *t.a.p.*, p. 1525-1526, nr. 155).

De vooropgestelde (relatieve) nietigheid treft weliswaar enkel die overeenkomsten of bepalingen die op enigerlei wijze verwant zijn met het gevoerde beheer. Zij treft niet gebeurlijke overeenkomsten die er volledig los van staan, evenmin de losstaande bepalingen die niet op een ondeelbare wijze met de nietige bepalingen verbonden zijn (Luik 14 februari 1950, *Pas.* 1951, II, 22).

Zie terzake: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1317-1319, nrs. 1434-1435.

772 Dit was, in zekere zin, ook het geval onder het oude recht. Terzake verklaarde het oude artikel 472 B.W. elke overeenkomst (verwant met het voogdijbeheer), getroffen tussen de voogd en de meerderjarig geworden pupil, nietig indien zij niet was voorafgegaan “door een omstandige rekening en door het overleggen van bewijsstukken” (Brussel 13 februari 1967, *Pas.* 1967, II, 225; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1316-1318, nr. 1434). Bovendien moest de goedkeuring van de afrekening door de meerderjarig geworden pupil blijken uit een ontvangstbewijs dat van ten minste tien dagen voorafgaand aan de bedoelde schikking dateerde. Men wilde vermijden dat gewezen voogden ingevolge “schikkingen” (overeenkomsten verwant met het voogdijbeheer) met hun meerderjarig geworden pupil werden vrijgesteld van hun verplichting tot het afleggen van rekenschap over hun bestuur (Gent 24 april 1882, *Pas.* 1882, II, 212; Brussel 13 mei 1886, *Pas.* 1886, II, 326; Gent 23 december 1897, *Pas.* 1898, II, 230; Brussel 26 december 1900, *Pas.* 1901, II, 215). De wetgever achtte de bepaling van artikel 472 B.W. noodzakelijk teneinde de gewezen pupil de mogelijkheid te ontnemen om de principiële verantwoordingsverplichting aan de zijde van zijn gewezen voogd te verzaken, zo ook de mogelijkheid om de gewezen voogd op enigerlei wijze te begunstigen.

773 In diezelfde optiek is het nieuwe artikel 416, eerste lid B.W. geredigeerd, zij het dat het *fiat* voor rechtsgeldige overeenkomsten (verwant met het voogdijbeheer) tussen de meerderjarig geworden pupil en zijn gewezen voogd nu eenvoudigweg samenvalt met de onder (vrede)rechterlijke controle gebeurde goedkeuring van de voogdijrekening, zoals neergelegd in het overeenkomstig artikel 415, tweede lid B.W. opgestelde proces-verbaal.

774 Volgens de wetgever strekt het bedoelde verbod inzonderheid “tot bescherming van een zopas meerderjarig geworden (pupil), aan wie geen enkele overeenkomst of transactie kan worden opgelegd zolang het beheer van de voogdij niet is goedgekeurd” (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/001, p. 26).

AFDELING IV

BESCHIKKINGEN VAN DE PUPIL TEN VOORDELE VAN ZIJN
VOOGD: LINK TUSSEN DE ARTIKELEN 416 B.W. EN 907 B.W.**§ 1. Beschikkingen van de minderjarige pupil ten voordele van zijn voogd**A. SITUERING VAN ARTIKEL 907, EERSTE LID B.W. BINNEN DE PRINCIPIËLE
HANDELINGSONBEKWAAMHEID VAN DE MINDERJARIGE

775 Voor een behoorlijk begrip van artikel 907 B.W. dient een opsplitsing te worden gemaakt tussen het geval van de minderjarige pupil en dat van de meerderjarig geworden pupil.

Zie: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII (volume I), *Les Libéralités (généralités) – Les Donations*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 261, nr. 178; J. SACE, “Les libéralités – Dispositions générales”, in *Répertoire notarial*, III, *Successions – Donations et Testaments*, VI, Brussel, Larcier, 1993, p. 211, nr. 192.

776 Minderjarigen zijn handelingsonbekwaam, wat maakt dat zij in de regel geen rechtsgeldige (rechts)handelingen kunnen stellen. Artikel 903 B.W. lijkt niet meer dan een bevestiging van deze handelingsonbekwaamheid ten aanzien van de minderjarige jonger dan zestien jaar (G. VAN EYGEN, “Art. 903 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1994, p. 1-17, nrs. 1-31). Inzake giften gaat het nochtans eerder om een rechtsonbekwaamheid daar, zoals reeds vermeld, vertegenwoordiging bij giften niet mogelijk is. De minderjarige kan zelf geen giften doen en (in de regel) kan niemand het voor hem doen. Krachtens artikel 904 B.W. is het wel mogelijk voor de minderjarige die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt om bij legaat te beschikken over maximum de helft van de goederen waarover hij als meerderjarige zou kunnen beschikken (G. VAN EYGEN, “Art. 904 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1994, p. 1-8, nrs. 1-14).

Bovendien wordt algemeen aanvaard dat de ontvoogde minderjarige vrij tot een aantal gebruikelijke schenkingen in verhouding tot zijn vermogen kan overgaan (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 239, nr. 1474).

Vandaar dat artikel 907, eerste lid B.W. zich toespitst op het geval van de testamentaire beschikking van de zestienjarige.

Inzake het voorlopig bewind heeft de wetgever van 3 mei 2003 voor de te beschermen persoon in een specifieke regeling voorzien om niettegenstaande zijn handelingsonbekwaamheid giften te doen (met machtiging van de vrederechter) (art. 488bis, h § 2 B.W.); zie hierover: Th. DELAHAYE, “L’administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, p. 85-89, nrs. 119-121; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind – Actualités en matière d’autorité parentale, de tutelle et d’administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, p. 35-40, nrs. 80-91; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F.

SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 179-186, nrs. 383-396.

777 Artikel 907, eerste lid B.W. belet een minderjarige, al heeft hij de leeftijd van zestien jaar bereikt, zelfs bij testament een beschikking te maken ten voordele van zijn voogd. Deze bepaling beoogt de bescherming van de pupil tegen de voogd die zijn invloed te eigen voordele zouden willen aanwenden (A. KLUYSKENS, *Beginnselen van Burgerlijk recht*, III, *De Schenkingen en Testamenten*, Brussel/Antwerpen/Gent/Leuven, Standaard Boekhandel, 1955, p. 108-109, nr. 58; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XI, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe & Comp./Durand & Pedone Lauriel, 1874, p. 517-519, nrs. 386-387). Aldus kan de minderjarige van zestien jaar ten voordele van zijn voogd geen testament maken, hoewel hij ten opzichte van andere personen een “halve” bevoegdheid heeft. Men spreekt van een zogeheten “relatieve (rechts)onbekwaamheid tot ontvangen” (aan de zijde van de voogd), hoewel het evenzeer een relatieve (rechts)onbekwaamheid tot beschikken betreft (aan de zijde van de pupil) (S. MOSSELMANS, “Art. 907 B.W.”, in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1997, p. 4-5, nrs. 5-9).

778 Voor de toepassing van artikel 907 B.W. dient in eerste instantie het tijdstip waarop de vrijgevigheid werd gesteld in acht te worden genomen. Van belang is echter ook het ogenblik waarop de gift uitwerking heeft. Men neemt immers aan dat ook een testament, gemaakt door een minderjarige van meer dan zestien jaar, ten voordele van iemand die toen zijn voogd niet was, maar die het later is geworden, onder toepassing van artikel 907 B.W. valt, althans indien de (gewezen) pupil vóór de goedkeuring van de (definitieve) voogdijrekening overleden is. De erflater moet immers niet enkel vrij over zijn wil beschikken om te testeren, maar ook om zijn testament te herroepen (V. MARCADE, *Explication du code Napoléon*, III, Parijs, 1859, p. 400, nr. 502). Zo, in laatstgenoemde hypothese, de (gewezen) pupil, na de goedkeuring van de slotrekening overleden is, kan aan het destijds gemaakte testament wel uitwerking verleend worden. De erflater had hier immers nadien wel voldoende vrijheid om zijn testament te herroepen.

B. SANCTIE

779 De sanctie bij de miskenning van artikel 907, eerste lid B.W. bestaat in de relatieve nietigheid van de beschikking om niet (R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, *Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Antwerpen/Brussel, Standaard/Bruylant, 1971, p. 501, nr. 829; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 286, nr. 364). Enkel de beschikker en zijn rechtsopvolgers kunnen deze nietigverklaring vorderen, doch niet zijn schuldeisers (A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, III, Parijs, Dalloz, 1936, p. 731-732, nr. 899). Het met artikel 907, eerste lid B.W. ingestelde vermoeden van captatie en suggestie is onweerlegbaar. Bijgevolg is, overeenkomstig artikel 1352, tweede

lid B.W., geen bewijs tegen dit wettelijke vermoeden toegelaten (V. MARCADE, *a.w.*, III, p. 401, nr. 504), ook al zou men op manifeste wijze kunnen aantonen dat de vrijgevigheid geenszins haar grond van bestaan binnen de gevreesde beïnvloedingsmacht vindt (H. DE PAGE, *a.w.*, VIII (volume I), p. 238-239, nr. 160).

Aangezien het gaat om een relatieve nietigheid, kan het testament achteraf bevestigd worden.

Aldus kunnen de rechtsopvolgers van de pupil die (een testament maakte ten behoeve van zijn voogd en die vervolgens) vóór de goedkeuring van de definitieve voogdijrekening is overleden, het bedoelde testament bevestigen, bekrachtigen of vrijwillig uitvoeren (art. 1340 B.W.). Het loutere feit dat de pupil zijn testament niet heeft herroepen, volstaat echter niet om te beweren dat het testament (nog door de pupil zelf) werd bekrachtigd.

Zo daarentegen de (gewezen) pupil een testament maakte ten behoeve van zijn (gewezen) voogd en vervolgens ná de goedkeuring van de definitieve voogdijrekening is overleden, kan uit het loutere feit dat de pupil zijn testament niet heeft herroepen, wel worden afgeleid dat hij zijn testament heeft bekrachtigd.

780 De met artikel 907, eerste lid B.W. gepaard gaande nietigheidssanctie treft enkel het legaat ten voordele van de voogd, en niet (behoudens in geval van ondeelbaarheid) eventuele andere wel rechtsgeldige bepalingen van het testament.

781 Zo de nietigheid wordt uitgesproken, dient de voogd de gift te restitueren, bij voorkeur *in natura*. Wel zal een gift die overeenkomstig artikel 907, eerste lid B.W. werd nietig verklaard, de voogd die tegelijkertijd erfgenaam *ab intestate* is, niet beletten om wat hem in zijn hoedanigheid van erfgenaam toekomt, in ontvangst te nemen. Zo deze erfgenaam een bloedverwant in de opgaande lijn is, valt hij bovendien onder de in artikel 907, derde lid B.W. bepaalde uitzondering.

§ 2. Beschikkingen van de meerderjarig geworden pupil ten voordele van zijn (gewezen) voogd

A. ONBEKWAAMHEID VERVAT IN ARTIKEL 907, TWEDE LID B.W.

782 Artikel 907, tweede lid B.W. belet een minderjarige, wanneer hij meerderjarig is geworden, bij schenking onder de levenden of bij testament te beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd, zolang de slotrekening over de voogdij niet gedaan en aangezuiverd is. De door artikel 907 B.W. ingestelde onbekwaamheid overstijgt de meerderjarigheidsgrens. Ook boven de achttien jaar is de gewezen pupil onbekwaam om ten voordele van zijn voogd te beschikken en dit tot dat de slotrekening over de voogdij “gedaan en aangezuiverd” is. Het betreft nu alle giften, zowel schenkingen onder levenden als testamentaire beschikkingen, aangezien de meerderjarig geworden pupil

immers principieel handelingsbekwaam is. De uitzondering van artikel 904 B.W. heeft hier geen belang meer. Weliswaar dient het te gaan om een echte gift met alle nuanceringsen die daarbij passen.

Zo zou de loutere vrijstelling van het betalen van de belasting op zijn erfdeel als clause in een testament ten voordele van zijn voogd niet voor vernietiging in aanmerking komen.

De gebruikelijke uitzonderingen spelen, zo bijvoorbeeld de louter vergoedende schenkingen voor zover zij uiteraard proportioneel zijn met de bewezen diensten.

Zie hierover: M. PUELINCKX-COENE, "Schenken", in *Notariële actualiteit – Familierecht*, Brugge, die Keure, 1996, p. 143-144, nr. 17.

Niettemin bevat artikel 907 B.W. geen tekstuele uitzondering gelijkaardig aan deze van artikel 909, derde, *sub* 1° lid B.W. ten voordele van de geneesheren, de apothekers, de beheerders en personeelsleden uit de rusthuis- en verzorgingssector en de bedienaren van de eredienst. Bovendien oefent de voogd zijn mandaat principieel kosteloos uit. Het domein van de vergoedende schenkingen is hierom zeer beperkt.

Hetzelfde geldt bv. voor gelegenheidsgeschenken, bv. een verjaardagscadeau.

783 Ook voor de toepassing van artikel 907, tweede lid B.W. is het tijdstip waarop de beschikking door de pupil werd gemaakt van belang. Aldus is in principe aanvechtbaar de beschikking die de gewezen pupil vóór de overlegging (de goedkeuring) en de aanzuivering van de (definitieve) voogdijrekening ten voordele van zijn voogd gemaakt heeft (A. KLUYSKENS, *a.w.*, III, p. 108-109, nr. 58).

B. OVERLEGGING EN GOEDKEURING VAN DE VOOGDIJREKENING

784 Zoals vermeld, moet de voogd, op het einde van de voogdij(opdracht) rekening en verantwoording afleggen over het waargenomen vermogensbeheer, waartoe hij een (definitieve) voogdijrekening opstelt (art. 415, eerste lid B.W.), inzonderheid een balans van alle ontvangsten en uitgaven die hij gedaan heeft in het raam van zijn voogdijopdracht. Zoals eveneens aangestipt, moet het gaan om een definitieve maar ook volledige voogdijrekening. Zolang de voogdijrekening slechts gedeeltelijk of onvolledig is opgesteld, duurt de onbekwaamheid voort. Gesimuleerde of frauduleuze voogdijrekeningen, met als enig doel een einde te stellen aan de onbekwaamheid, volstaan uiteraard evenmin.

C. DRAAGWIJDTE VAN ARTIKEL 907, TWEDE LID B.W. EN VERHOUDING TOT ARTIKEL 416 B.W.

785 Men kan de bepaling van artikel 907, tweede lid B.W. in zekere zin aanzien als het verlengde van artikel 416, eerste lid B.W., krachtens welk, zolang de definitieve voogdijrekening niet is goedgekeurd (in de zin van art. 415, eerste en tweede lid B.W.), tussen de pupil en zijn voogd geen geldige overeenkomsten kunnen worden gesloten. Hierbij wil de wetgever uiteraard evenzeer vermijden dat een gewezen voogd door middel van schikkingen met

de (pas) meerderjarig geworden pupil zou worden vrijgesteld van zijn verantwoordingsverplichting. De bepaling van artikel 416, eerste lid B.W. (die de wetgever vooral noodzakelijk acht teneinde de gewezen pupil de mogelijkheid te ontnemen om af te zien van voormelde verplichting van zijn gewezen voogd) zou immers maar al te vlug kunnen worden omzeild indien men de gewezen pupil zou toestaan om niet te beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd.

786 Wil de pas meerderjarig geworden pupil zijn voogd begiftigen, dan moet de slotrekening niet enkel “gedaan” zijn en met name goedgekeurd in de zin van artikel 415, eerste en tweede lid B.W. Zij moet ook “aangezuiverd” zijn. Het is aldus tevens noodzakelijk dat de minderjarige reeds in het bezit van zijn goederen wordt gesteld of dat het batig saldo, zoals het uit de voogdijrekening voortvloeit, hem reeds wordt uitgekeerd. Deze voorwaarde vloeit inderdaad voort uit de terminologie van artikel 907, tweede lid B.W. waar de wetgever het heeft over het “aanzuiveren” van de slotrekening, dit wil zeggen het verschuldigde voldoen of betalen.

Zie: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, V, Brussel/Parijs, Bruylant-Christophe/Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 154-155, nr. 141; F. LAURENT, *a.w.*, XI, p. 460-461, nr. 334; S. MOSSELMANS, *t.a.p.*, p. 11, nr. 30; anders: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1316, nr. 1433, volgens wie “ce que la loi a voulu, c’est uniquement assurer la sincérité du compte, et non son paiement; ‘apurer’ signifie vérifier, contrôler, parfaire, et non payer”.

787 Toch kan niet zomaar worden gesteld dat artikel 907, tweede lid B.W. als enig oogmerk heeft artikel 416, eerste lid B.W. aan te vullen.

Bij nader inzien blijken zowel artikel 416, eerste lid B.W., als artikel 907, tweede lid B.W. een eigen bedoeling te hebben. Daar waar artikel 416, eerste lid B.W., behorend tot het hoofdstuk “voogdij”, inzonderheid de verantwoordingsverplichting aan de zijde van de gewezen voogd wil veilig stellen, heeft artikel 907 B.W., behorend tot het hoofdstuk “bekwaamheid om te beschikken of te verkrijgen bij schenking onder de levenden of bij testament”, tot doel te voorkomen dat de voogd voordeel zou halen uit de mogelijke onrechtmatige beïnvloeding van zijn pupil. Deze beïnvloedingsfeer blijft aanwezig tot zolang de slotrekening niet is aangezuiverd, zodat tot dat ogenblik de gewezen pupil niet over de geestelijke vrijheid beschikt om ten voordele van zijn voogd te beschikken om niet.

Terwijl artikel 416, eerste lid B.W. de pupil het recht ontnemt om de afrekening van het vermogensbeheer te verzaken, met inbegrip van de mogelijkheid om zijn voogd bij wijze van vrijgevigheid van deze plicht tot het afleggen van rekenschap te ontslaan, is het de taak van artikel 907, tweede lid B.W. te verhinderen dat, zolang de slotrekening (die er hoe dan ook toch moet komen) niet is “gedaan en aangezuiverd”, de voogd zijn gewezen pupil op onrechtmatige wijze zou aanzetten tot het stellen van beschikkingen om niet in zijn voordeel.

788 De wetgever heeft het noodzakelijk geacht om deze onbekwaamheid ook in te stellen met betrekking tot testamenten, hoewel die per definitie achteraf kunnen herroepen worden. De beïnvloedingsmacht van de voogd wordt echter dermate groot geacht dat de vrees bestaat dat de gewezen pupil er niet meer toe zal komen zijn beschikking te herroepen.

789 Zo de gewezen voogd in het raam van zijn voorbije opdracht nog schuldenaar van de pupil is, kan hij niet met andere schuldenaars worden gelijkgesteld, in die zin dat, tot aan de betaling van zijn schuld, enige beschikking in zijn voordeel verboden is, terwijl dit ten aanzien van andere schuldenaars wel toegelaten is.

790 Dat de onbekwaamheid slechts ophoudt te bestaan bij het doen en het aanzuiveren van de slotrekening heeft tot gevolg dat, indien de voogdijrekening nietig wordt verklaard, de onbekwaamheid van de meerderjarig geworden pupil nog niet opgehouden heeft te bestaan totdat een rechtsgeldige slotrekening is geschied of totdat de voogd, vijf jaar nadat de pupil meerderjarig is geworden, uit hoofde van verjaring bevrijd is geworden van zijn verplichting rekenschap af te leggen (art. 419 B.W.).

Dit laatste vraagt enige toelichting.

Artikel 419 B.W. stelt dat elke vordering, en dus ook de vordering om de slotrekening te doen opstellen, van de minderjarige (pupil) tegen zijn voogd betreffende de verrichtingen van de voogdij verjaart door verloop van vijf jaren te rekenen van zijn meerderjarigheid. Zal de beschikking om niet vanwege de gewezen pupil, gesteld vijf jaar na zijn meerderjarigheid, ten voordele van zijn gewezen voogd dan nietig zijn omdat nog steeds geen slotrekening werd gedaan en aangezuiverd? Hoewel men bij een letterlijke lezing van de wetteksten zou kunnen stellen dat, aangezien de voorwaarde van de definitieve voogdijrekening niet is vervuld, de onbekwaamheid niet is beëindigd, lijkt deze interpretatie veel te streng en bovendien in strijd met de geest van deze wetsbepalingen (S. MOSSELMANS, *t.a.p.*, p. 12, nr. 31). Artikel 907, tweede lid B.W. heeft tot doel de onafhankelijkheid van de pupil te waarborgen, vandaar de voorwaarde van de definitieve slotrekening. Welnu, deze onafhankelijkheid is evenzeer gewaarborgd na het verlopen van de bedoelde vijfjarige (verjarings)termijn. Er bestaat immers geen enkele band van afhankelijkheid meer tussen de meerderjarig geworden pupil en zijn gewezen voogd. Bijgevolg houdt ook daar de bedoeling van de wetgever (bij het instellen van deze bijzondere onbekwaamheid) op te bestaan. Hoe dan ook zij opgemerkt dat thans, gelet op de wettelijk bepaalde (vrede)rechterlijke controle, de situatie waarin de voogd nalaat de slotrekening te doen en aan te zuiveren eerder zeldzaam zal zijn. Eens de minderjarige meer begoed is geworden, kan hij verkiezen bij wijze van erkenning ten voordele van zijn voogd te beschikken, een praktijk waar de wetgever zich geenszins wil tegen verzetten.

791 Een ander gevolg van het vereiste van een volledige, definitieve en oprechte voogdijrekening is dat zolang de minderjarige of zijn rechtsopvolgers dit volledige, definitieve of oprechte karakter betwisten, de onbekwaamheid eveneens voortduurt zolang dit geschil niet te definitieven titel is beslecht.

D. SANCTIE

792 Ook de miskenning van artikel 907, tweede lid B.W. wordt met de relatieve nietigheidssanctie beteugeld. Om deze sanctie op te lopen, volstaat het dat de slotrekening niet werd gedaan of aangezuiverd op de dag waarop de beschikking werd gemaakt. Dat de beschikker slechts vele jaren na de aanzuivering van de slotrekening is overleden, doet er niet toe (A. COLIN en H. CAPITANT, *a.w.*, III, p. 731-732, nr. 899). Ook deze relatief nietige giften kunnen worden bekrachtigd. Het feit dat de pupil, eens meerderjarig geworden, de (principieel onherroepelijke) schenking niet heeft aangevochten, is op zichzelf echter niet voldoende om als bevestiging te gelden. Zoals reeds aangegeven, ligt dit anders voor het feit dat de meerderjarig geworden pupil, die intussen met zijn gewezen voogd "effen" is, zijn eertijds gemaakte testament niet heeft herroepen. De nietigheid kan niet meer worden ingeroepen door diegenen die de rechtshandeling hebben bevestigd (Brussel 23 oktober 1987, *J.L.M.B.* 1989, 5; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII (volume II), *Les Testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, p. 1330-1332, nr. 1183). Zo erfgenamen de relatief nietige beschikking (reeds ten dele) hebben uitgevoerd of ze bevestigd hebben, kunnen ze achteraf de nietigheid ervan niet meer invoeren (art. 1340 B.W.) (Rb. Gent 4 september 1987, *T.G.R.* 1989, 89/02).

Zie evenwel de nuancerings bij: M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Giften", *T.P.R.* 1994, p. 1644, nr. 49.

§ 3. Uitzonderingen op de twee voorafgaande bepalingen

793 De bijzondere onbekwaamheid van artikel 907, eerste en tweede lid B.W. speelt niet ten aanzien van de bloedverwanten in opgaande lijn van de minderjarige, die zijn voogd zijn of geweest zijn.

794 Nu de voogdij (krachtens art. 389, eerste lid B.W.) thans nog enkel ontstaat indien beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn of in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om hun wil te kennen te geven, kan de bedoelde uitzondering nog enkel gelden voor de andere bloedverwanten in de opgaande lijn die, in voorkomend geval, als voogd fungeren.

795 In dat geval schrijft de wet de gift van de (gewezen) pupil (de schenking of het legaat) eerder toe aan kinderlijke genegenheid, dan wel aan andere invloeden (A. KLUYSKENS, *a.w.*, III, p. 106, nr. 56).

Bovendien vloeit het gezag dat deze personen op hun pupil uitoefenen veeleer voort uit hun hoedanigheid van ascendenten, dan wel uit hun hoedanigheid van voogd. Trouwens, indien de wetgever de uitzondering van artikel 907, derde lid B.W. niet had bepaald, zou hij elke vrijgevigheid van een afstammeling ten voordele van zijn opgaande bloedverwanten moeten hebben verboden (zo niet, zouden opgaande bloedverwanten worden afgestraft louter en alleen omwille van hun hoedanigheid van voogd), hetgeen hoe dan ook in tegenstrijd zou zijn met de plicht tot eerbied, ontzag, liefde en erkentelijkheid zoals afstammelingen die aan hun ascendenten verschuldigd zijn (S. MOSSELMANS, *t.a.p.*, p. 13, nr. 34).

796 Telkens wanneer de vrederechter als voogd een bloedverwant in opgaande lijn aanduidt (art. 393 B.W.), zal de bijzondere onbekwaamheid niet spelen, hetgeen het toepassingsgebied van de eerste twee leden van artikel 907 B.W. in belangrijke mate beperkt.

797 Ook artikel 907, derde lid B.W. dient in principe strikt te worden geïnterpreteerd, hetgeen inhoudt dat deze uitzondering enkel ten aanzien van bloedverwanten en niet ten aanzien van aanverwanten speelt. De tekst van artikel 907, derde lid B.W. heeft het trouwens enkel over de bloedverwanten in opgaande lijn (F. LAURENT, *a.w.*, XI, p. 464, nr. 338). Tussen aanverwanten en de minderjarige is immers de band van genegenheid, zoals die aanwezig is tussen bloedverwanten en de minderjarige en die daar elke verdenking van erfenisbejaging doet verdwijnen, niet noodzakelijk terug te vinden.

§ 4. Artikel 907 B.W. betreft enkel de “eigenlijke” voogdij

798 Vóór 1804 waren de mogelijkheden tot nietigverklaring van beschikkingen om niet gesteld door minderjarigen *legio*. Niet alleen koesterde de wetgever een vrees voor de onrechtmatige beïnvloeding van de minderjarige beschikker door zijn voogd, doch tevens werd elkeen met een minimaal opvoedende en/of onderwijzende opdracht gewantrouwd (V. MARCADE, *a.w.*, III, p. 399-400, nr. 501). Ons Burgerlijk Wetboek heeft deze “luxe” aan nietigheden herleid tot het vrij beperkte artikel 907 B.W.

799 De sanctie betreft nog slechts de “eigenlijke” voogd aan wie op gewoontelijke wijze het beheer van de goederen van de minderjarige is toevertrouwd, hetzij de actuele, hetzij de gewezen voogd die zijn opdracht heeft beëindigd en door wie de slotrekening over de voogdij moet worden gedaan en aangezuiverd of die daarbij betrokken is.

Hierbij zij opgemerkt dat de wetgever van 3 mei 2003 de bedoelde onbekwaamheid, na heel wat discussie, uiteindelijk niet heeft geëxtrapoleerd naar de voorlopige bewindvoerder.

Zie hierover: F. SWENNEN, *t.a.p.*, p. 185-186, nr. 396.

Zie ook reeds: Cass. 28 mei 1995, *R.W.* 1995-96, 260, noot W. PINTENS.

Vgl.: F. SWENNEN, *a.w.*, p. 286, nr. 363, alwaar *de lege ferenda* een analogische toepassing van artikel 907 B.W., of de uitwerking van een vergelijkbare regeling, inzake het voorlopig bewind wordt bepleit.

Gelet op het verschil in omstandigheden tussen de voogdij en het voorlopig bewind zou de bepaling tot grote moeilijkheden hebben geleid. Bij de voogdij is de onbekwaamheid beperkt tot aan de aanzuivering van de slotrekening, in de regel naar aanleiding van de meerderjarigheid van de pupil. De onbekwaamheid is dus in de tijd beperkt. Bij het voorlopig bewind kent de onbekwaamheid een veeleer onbepaalde duur, daar de bescherming meestal slechts bij het overlijden eindigt (W. PINTENS, *t.a.p.*, p. 40, nr. 92).

A. TOEZIENDE VOOGD

800 De toeziende voogd, die nochtans in elke voogdij aanwezig is en steeds door de vrederechter wordt benoemd (art. 402, eerste lid B.W.), valt niet onder het toepassingsgebied van artikel 907 B.W. Hij heeft immers in het raam van de voogdij slechts een bijkomende taak (art. 403-404 B.W.; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 184, nr. 1258). Zijn gezags- en bijgevolg zijn beïnvloedingsvermogen is dermate gering dat misbruik ervan dan ook moeilijk denkbaar is.

B. (TOEZIENDE) VOOGD *AD HOC*

801 Logischerwijze speelt artikel 907 B.W. ook niet ten aanzien van de (toeziende) voogd *ad hoc*, die slechts in uitzonderlijke gevallen wordt aangesteld voor het stellen van welbepaalde rechtshandelingen namens de minderjarige (pupil). Voor de voogd *ad hoc* is dit enkel het geval als zowel de belangen van de voogd als die van de toeziende voogd strijdig zijn met die van de pupil (art. 404, eerste lid B.W.). Hij is slechts een louter beperkte mandataris die in beginsel geen bevoegdheden ten aanzien van de persoon noch ten aanzien van het vermogen van de minderjarige (pupil) heeft en op wie derhalve geen algemene verantwoordingsverplichting drukt. De eventuele twijfel om zowel de toeziende voogd als de voogd *ad hoc* onder het toepassingsgebied van artikel 907 B.W. te catalogeren, verdwijnt helemaal bij de vaststelling dat zij zelfs niet begrepen waren onder het ruime toepassingsveld van de onbekwaamheden uit het oude recht.

Zie: R.J. POTHIER, *Donations entre-vifs*, I, art. 2 § 8, zoals aangehaald bij V. MARCADE, *a.w.*, III, p. 399, nr. 501.

C. ONTLASTE, ONBEKWAME OF ONTZETTE VOOGD

802 Ten aanzien van de ontlaste (art. 396, tweede lid B.W.), onbekwame (art. 397 B.W.) of ontzette (art. 398-399 B.W.) gewezen voogd, geldt artikel 907 B.W. uiteraard wel. Het vermoeden van misbruik en onrechtmatige beïnvloeding ontplooit zich ten volle ten aanzien van de voogd die in toepassing van artikel 398, *sub* 1° en 2° B.W. wegens kennelijk wangedrag of ontrouw (d.w.z. een schuldige tekortkoming van de voogd in de uitoefening van zijn voogdijopdracht) is ontzet van een bestaande voogdijopdracht.

D. VERVANGEN VOOGD

803 Een andere problematiek is deze van de nog onder voogdij staande minderjarige die wenst te beschikken ten voordele van zijn eerste voogd die nu door een andere voogd werd vervangen (A. KLUYSKENS, *a.w.*, III, p. 105-106, nr. 55), alsook deze van de ontvoogde minderjarige die wenst te beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd, en dit telkenmale nadat de slotrekening is gedaan en aangezuiverd.

804 Voor de oplossing zou men kunnen terugvallen op het algemene uitgangspunt van artikel 907, eerste lid B.W. dat stelt dat een minderjarige geenszins kan beschikken ten voordele van zijn voogd. Vervolgens wordt dan een uitzondering toegestaan eens de pupil meerderjarig is geworden en dit op voorwaarde dat de slotrekening van de voogdij is gedaan en aangezuiverd. Hieruit volgt dan dat enkel de meerderjarige kan beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd. Voor zover het een minderjarige betreft, dienen we terug te gaan naar de hoofdregel, zijnde de principiële onbekwaamheid van de pupil.

805 Deze zienswijze moet nochtans worden genuanceerd. Men kan immers ook stellen dat de algemene regel met betrekking tot minderjarigen niet zozeer is terug te vinden in artikel 907, eerste lid B.W., doch in artikel 904 B.W. dat de minderjarige in zekere mate wel toelaat bij testament over zijn goederen te beschikken. Artikel 907 B.W. moet dan veeleer worden aangezien als de uitzondering die bovendien strikt moet worden geïnterpreteerd. Daar waar de minderjarige onbekwaam is om te beschikken ten voordele van zijn voogd, is hij dat niet om te beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd.

Artikel 907 B.W. heeft het alleen maar over de voogd, niet over de gewezen voogd. De vraag rijst trouwens of de regel van artikel 907, tweede lid B.W. alleen maar geldt voor de meerderjarig geworden pupil.

De onbekwaamheid van de minderjarige pupil om bij testament te beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd, kan al evenmin afgeleid worden uit de onbekwaamheid van de meerderjarig geworden pupil om te beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd, zolang de slotrekening niet is gemaakt en aangezuiverd. Zolang (niettegenstaande de vervanging van een bepaalde voogd) de voogdij *in se* voortduurt, wordt de slotrekening trouwens niet "aangezuiverd" in de reeds vermelde betekenis van de term.

Toch is het, gelet op de *ratio legis* van artikel 907 B.W., aangewezen om de bijkomende voorwaarde (van definitieve goedkeuring van de slotrekening van de vervangen voogd) ook te stellen om (rechtsgeldige) testamentaire beschikkingen van de minderjarige pupil ten voordele van zijn gewezen voogd mogelijk te maken. Waar vrees bestaat voor beïnvloeding en afhankelijkheid ten aanzien van de meerderjarig geworden pupil zolang de slotrekening van de voogdij niet is aangezuiverd, bestaat deze zeker ten aanzien van de nog minderjarige die bij testament wil beschikken ten aanzien van zijn gewezen voogd.

De minderjarige en de meerderjarige beschikker dienen aldus terzake op eenzelfde lijn te worden geplaatst.

Zie: F. LAURENT, *a.w.*, XI, p. 456-458, nr. 331; M.D. DALLOZ, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Parijs, Bureau de la jurisprudence générale, 1856, onder "dispositions entre-vifs et testaments", p. 161, nr. 342.

806 Ook de ontvoogde minderjarige kan bij testament beschikken ten voordele van zijn gewezen voogd, althans zo de slotrekening is gedaan en aangezuiverd.

Dat wordt uitdrukkelijk bepaald in het Franse artikel 907 C.c. dat enkel op dit punt afwijkt van de Belgische versie: "Le mineur devenu majeur ou émancipé, ne pourra disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré."; zie ook: F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit Civil – Les Successions, Les Libéralités*, Parijs, Dalloz, 1988, p. 274-275, nr. 288.

Zoals reeds aangestipt, kan de ontvoogde minderjarige ook maatschappelijk gebruikelijke schenkingen doen in verhouding tot zijn vermogen. Bij gebrek aan uitdrukkelijke wettekst in dezen lijkt het niet aangewezen te eisen dat dergelijke schenkingen ten aanzien van de voogd alleen maar kunnen gebeuren nadat de slotrekening is gedaan en aangezuiverd.

E. ERFGENAMEN VAN DE VOOGD

807 Aangezien het instellen van de onbekwaamheid uitsluitend gebaseerd is op persoonlijke motieven, strekt zij zich niet uit tot de erfgenamen van de voogd.

Het uitgangspunt is dus dat de te hunnen behoeve gedane beschikkingen van de pupil, gesteld na de dood van de gewezen voogd die overleden is vóór de aanzuivering van de slotrekening, in de regel niet kunnen worden aangevallen op basis van artikel 907 B.W. (*Pand. b.*, XXXI, tw. *Disposition à titre gratuit*, Brussel, Larcier, 1889, 133, nr. 215: "A plus forte raison, serait-il impossible d'étendre à aucun collatéral, qu'il fût ou non l'héritier présomptif du mineur, l'exception de l'art. 907 C.c."). De erin vervatte onbekwaamheid moet ten andere een strikte uitlegging krijgen.

808 Toch dient opgemerkt dat, hoewel de voogdij krachtens artikel 400 B.W. een persoonlijke last is die niet overgaat op de erfgenamen van de voogd, laatstgenoemden toch voor het beheer van hun rechtsvoorganger verantwoordelijk zijn totdat een nieuwe voogd is benoemd. Aldus zullen de erfgenamen toch onbekwaam zijn om giften te ontvangen totdat de slotrekening is gedaan en aangezuiverd. In die zin zal een ten voordele van de erfgenamen van de voogd (ook vóór diens overlijden) opgesteld testament stuiten op artikel 907 B.W., zo het uitwerking krijgt vóór de aanzuivering van de slotrekening.

809 Tevens is het zo dat, indien een beschikking is gesteld ten voordele van sommige vermoedelijke erfgenamen van een nog in leven zijnde voogd, via het

vermoeden van tussenpersoonstelling van artikel 911 B.W., de vrijgevigheid toch nietig moet worden verklaard (M. COENE m.m.v. S. MOSSELMANS, "Art. 911 B.W.", in J. BAEL, M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (reds.), *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, 1998, 34 p.).

F. CURATOR OVER DE ONTVOOGDE MINDERJARIGE

810 Artikel 907 B.W. is niet van toepassing op een loutere bijstandsinstelling als deze van de curatele over de ontvoogde minderjarige. De ontvoogde minderjarige kan dus vrij testeren ten voordele van zijn curator.

Wat schenkingen aangaat, speelt de algemene regel van artikel 903 B.W. opnieuw. De ontvoogde minderjarige kan dus in beginsel niet bij schenking over zijn goederen beschikken. De maatschappelijk gebruikelijke schenkingen in verhouding tot zijn vermogen zijn wel toegelaten. De vraag is eerder of hij achteraf, eens dat hij meerderjarig is geworden, kan schenken ten voordele van zijn curator (vóór de slotrekening) of dat hij de destijds gedane schenking rechtsgeldig kan bekrachtigen. Deze vraag moet positief worden beantwoord.

HOOFDSTUK III GOEDKEURING VAN DE REKENING EN AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN

811 Anders dan inzake het voorlopig bewind, wordt de voogdijopdracht in de regel nog steeds onbezoldigd waargenomen. De voogd kan wel aanspraak maken op een vergoeding van zijn onkosten. In geval van bijzondere of omvangrijke opdrachten kan de vrederechter hem uitzonderlijk wel een bezoldiging toekennen. Deze appreciatie kadert binnen de (vrede)rechterlijke wijsheid, wat toelaat om beter rekening te houden met de verschillende “feitelijke factoren” die eigen zijn aan iedere specifieke toestand (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 50 0576/009, p. 8). Tevens kan aan de door de ouder(s) aangewezen voogd middels de bedoelde (testamentaire) verklaring een vergoeding worden toegekend.

812 Dit neemt niet weg dat de voogd zich van zijn opdracht moet kwijten als een *bonus pater familias* en dat hij, krachtens artikel 405 § 1, derde lid B.W., gehouden is tot vergoeding van de schade die zou kunnen voortvloeien uit een slecht beheer. Ter beoordeling van de gebeurlijke aansprakelijkheid van de voogd staat het klassieke foutcriterium van de *culpa levis in abstracto* centraal. De zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden wanneer de voogd zich anders gedraagt dan een normaal zorgvuldig en vooruitziende voogd belast met het beheer van andermans vermogen, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Zijn aansprakelijkheid rijst niet alleen wanneer de voogd een specifieke (wettelijke bepaling of gedrags)norm overtreedt (bv. art. 410 § 1 B.W.), maar ook wanneer hij schade berokkent door zijn (onzorgvuldig, dan wel onvoldoende vooruitziend) doen of nalaten, bijvoorbeeld om een dringende herstelling aan een aan de pupil toebehorend onroerend goed te laten uitvoeren of om, in voorkomend geval, een behoorlijke verdediging (in rechte) te (laten) bieden.

In wezen is de voogd een lasthebber *sui generis*. Dit maakt bijvoorbeeld dat, wanneer de voogd in het raam van een contractuele relatie een fout begaat, deze in de regel aan de pupil (die als mandant geacht wordt de overeenkomst te sluiten en ze tevens uit te voeren) toe te rekenen is.

813 Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de toeziende voogd, inzonderheid wanneer hij, omwille van een zich voordoende belangentegenstelling, de voogd (namens de pupil) vervangt (art. 404, eerste lid B.W.). Bovendien komt het de toeziende voogd (als toezichtsorgaan) toe, in voorkomend geval, vast te stellen dat de voogd in zijn opdracht tekort schiet, waarvan hij “onverwijld” de vrederechter in kennis moet stellen (art. 403 B.W.). Indien, in-gevolge een gebrek aan toezicht, de toeziende voogd (mede) schade berokkent aan de pupil, moet hij deze vergoeden.

814 Luidens artikel 417 B.W. doet de goedkeuring van de (periodieke, dan wel definitieve) voogdijrekening geenszins afbreuk aan de aansprakelijkheids-

vorderingen die de pupil tegen de voogd en tegen de toeziende voogd kan instellen.

815 Wat de (vrede)rechterlijke goedkeuring betreft, is dit niet meer dan logisch.

De (vrede)rechterlijke goedkeuring van de jaarlijkse rekeningen impliceert geen *décharge*. Zij heeft een louter voorlopig karakter. De voogd geeft pas definitieve verantwoording inzake zijn beheer op het einde van zijn mandaat, ogenblik waarop het niet aan de vrederechter (toekomt om *décharge* te verlenen), maar wel hetzij (ingeval de voogdijopdracht eindigt) aan de nieuwe voogd, hetzij (ingeval de voogdij *in se* eindigt) aan de (ontvoogde, dan wel meerderjarige geworden) pupil zelf (of zijn rechtsopvolgers) of aan zijn (adoptief)ouder(s) toekomt om de gewezen voogd (of, ingeval de voogdijopdracht eindigt ten gevolge van het overlijden van de voogd, zijn rechtsopvolgers) kwijting te verlenen.

De ontvoogde minderjarige doet zulks met bijstand van de curator (*ad hoc*), aldus artikel 480, derde lid B.W.

816 Ook naar (inzonderheid hetzij de nieuwe voogd, hetzij) de pupil toe, maakt de wetgever een duidelijk onderscheid tussen de goedkeuring van de slotrekening enerzijds (die *in se* geen kwijting impliceert en hoe dan ook geen afbreuk doet aan gebeurlijke aansprakelijkheidsvorderingen) en de kwijting anderzijds. Het is de kwijting die, zij het enkel wat het precieze en met kennis van zaken beaamde voorwerp van die kwijting betreft, ten behoeve van de gewezen voogd of zijn rechtsopvolgers, *décharge* met zich brengt.

Zie ook: Th. DELAHAYE, "L'administrateur provisoire (art. 488bis du C.c.) – Loi du 3 mai 2003", in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2004, p. 171-172, nrs. 254-255.

817 De overhandiging van de definitieve voogdijrekening (met het oog op de goedkeuring ervan) gebeurt, zoals reeds vermeld, in aanwezigheid van de toeziende voogd en van de vrederechter (art. 415, eerste lid B.W.) op een door de vrederechter bepaalde datum. Tegen die datum (die zich in beginsel binnen een maand na de beëindiging van de voogdijopdracht situeert) worden de gewezen voogd (of zijn rechtsopvolgers), de toeziende voogd, (in voorkomend geval) de nieuwe voogd en de pupil (indien hij de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt) opgeroepen. Alsdan redigeert de vrederechter een proces-verbaal, vermeldende dat de verantwoordingsverplichting is vervuld, dat de (slot)rekening is goedgekeurd (inzonderheid door hetzij de pupil, hetzij de nieuwe voogd) en dat aan de (gewezen) voogd (of zijn rechtsopvolgers), in voorkomend geval onder voorbehoud, kwijting is verleend (art. 415, tweede lid B.W.). Volledigheidshalve bepaalt artikel 415, derde lid B.W. dat elke goedkeuring van de voogdijrekening, voorafgaandelijk aan de redactie van het voormelde proces-verbaal, nietig is.

De bedoelde goedkeuring geschiedt aldus steeds samen en met de vrederechter en impliceert *in se* geen (definitieve) kwijting. Enkel de kwijting impliceert

décharge (ten behoeve van de gewezen voogd of zijn rechtsopvolgers), zij het wat het precieze en met kennis van zaken beaamde voorwerp van die kwijting betreft. Valsheid en bedrog blijven buiten beschouwing: *fraus omnia corrumpit*.

Verder doen noch de goedkeuring noch de kwijting *in se* afbreuk aan de gebeurlijke aansprakelijkheidsvorderingen die de pupil lastens de (toeziende) voogd kan instellen of die in voorkomend geval de rechtsopvolgers van de overleden pupil namens deze laatste kunnen instellen (H. CASMAN en J.-P. MASSON, “La nouvelle législation sur la tutelle”, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, p. 42, nr. 33).

HOOFDSTUK IV VERSCHULDIGD SALDO

818 Het is noodzakelijk dat de gewezen pupil, op het einde van de voogdij, onmiddellijk in het bezit van zijn goederen wordt gesteld. Hierbij is de in het licht van artikel 406 B.W. geredigeerde vermogensbeschrijving richtinggevend. Het is evenzeer noodzakelijk dat het (gebeurlijke) batig saldo, zoals het uit de (definitieve) voogdijrekening voortvloeit, onmiddellijk aan de pupil wordt uitgekeerd.

819 Waar, overeenkomstig het oude artikel 474, eerste lid B.W., het door de voogd verschuldigde saldo “zonder dat een rechtsvordering moest worden ingesteld” interest opbracht “te rekenen van de dag waarop de rekening werd gesloten” en derhalve vanaf het einde van de voogdij (M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, *Les personnes* (door R. SAVATIER m.m.v. J. SAVATIER), Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 662-664, nr. 602), bepaalt artikel 418 B.W. thans dat het bedrag van het door de voogd verschuldigde saldo van rechtswege interest opbrengt “zodra de rekening is goedgekeurd en ten laatste drie maanden na de beëindiging van de voogdij”. Dit laatste behelst de hypothese dat het overleggen van de voogdijrekening en dientengevolge de goedkeuring ervan blijft aanslepen (M. VERRYCKEN, “De nieuwe voogdij: een eerste verkenning”, *T.P.R.* 2001, p. 1527, nr. 156). Het is immers “logischer gebleken dat de interesten, verschuldigd aan de minderjarige (pupil) beginnen te lopen te rekenen van de goedkeuring van de rekening, veeleer dan van de beëindiging van de voogdij” (*Parl. St. Kamer 1999-2000*, 50 0576/001, p. 26). Aldus wordt een vluggere goedkeuring van de voogdijrekening verhoopt, nu de voogd die (zoals reeds aangestipt) in beginsel binnen een maand na het einde van de voogdij(opdracht) moet overleggen. De vraag rijst of dit op zich een vluggere goedkeuring van de slotrekening in de hand werkt. Ingeval de goedkeuring evenwel vertraging oploopt, is hoe dan ook bepaald dat de interesten beginnen te lopen ten laatste drie maanden na het einde van de voogdij(opdracht). Een ingebrekestelling in de zin van artikel 1153, derde lid B.W. is niet vereist.

Zie evenwel: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1308-1309, nr. 1428, A.

820 De (definitieve) voogdijrekening kan evengoed wijzen op een tegoed in het voordeel van de gewezen voogd. Anders dan in het voormelde geval waarbij de interest van het tegoed in het voordeel van de gewezen pupil van rechtswege loopt, bepaalde het oude artikel 474, tweede lid B.W. dat de interest van hetgeen de pupil aan de voogd verschuldigd was eerst liep te rekenen van de dag van de aanmaning (in de lijn van het gemeenrechtelijke art. 1153, derde lid B.W.) “na het sluiten van de rekening gedaan”. Ook artikel 418 B.W. bepaalt thans dat de interest van het bedrag dat de pupil aan de voogd verschuldigd is, slechts begint te lopen “op de dag dat tot betaling is aangemaand”, zij het

ditmaal “na de goedkeuring van de rekening”. De wetgever acht het geenszins opportuun om de voogd, in voorkomend geval, gunstiger te behandelen dan een andere schuldeiser (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1309, nr. 1428, B).

HOOFDSTUK V VERJARING

821 Het oude artikel 475 B.W. stelde nog een tienjarige verjaringstermijn voorop, zij het “betreffende de verrichtingen van de voogdij”.

Zie terzake: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, II (herwerkt door J.-P. MASSON), Brussel, Bruylant, 1990, p. 1328-1329, nr. 1444.

Anders dan onder het oude recht, verjaren thans, krachtens artikel 419 B.W., de vorderingen van de pupil tegen zijn (toeziende) voogd “betreffende feiten en rekeningen van de voogdij” na vijf jaar te rekenen van de meerderjarigheid, zelfs indien de minderjarige (pupil) ontvoogd is geworden.

Wellicht kadert deze verkorting in de algemene tendens tot verkorting van de verjaringstermijnen inzake aansprakelijkheid, zoals deze onder meer tot uiting komt in de Wet van 10 juni 1998 “tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring” (B.S. 17 juli 1998), alsook in de artikelen 2272*bis* (m.b.t. advocaten), 2272*ter* (m.b.t. deskundigen) en 2272*quater* (m.b.t. schuldbemiddelaars) B.W.

Zie: C. DE BUSSCHERE, “Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen”, *T. Not.* 2001, p. 408, nr. 104.

Artikel 419 B.W. bepaalt onveranderlijk op de dag van de meerderjarigheid het vertrekpunt van de termijn na verloop waarvan elke vordering van de pupil tegen zijn (toeziende) voogd betreffende het voogdijbeheer is verjaard (Rb. Brussel 27 mei 1971, *J.T.* 1971, 646). Dit is zelfs het geval indien de minderjarige ontvoogd is geworden, hoewel de voogdij alsdan eindigt: het startpunt voor de verjaringstermijn overstijgt het einde van de voogdij (C. CAPITAINE, “Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale”, in Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 162).

De bedoelde verjaringstermijn is, in afwijking van de in artikel 2262*bis* § 1 B.W. bepaalde gemeenrechtelijke verjaringstermijn (dit is tien jaar voor alle persoonlijke vorderingen en vijf dan wel twintig jaar voor alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid), ingesteld ten behoeve van de gewezen (toeziende) voogd (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1329, nr. 1445 en p. 1333, nr. 1448). Men wil hem hoe dan ook, na verloop van vijf jaar, niet meer verontrusten inzake het destijds waargenomen beheer. De gemeenrechtelijke oorzaken die de verjaring stuiten of schorsen zijn (wel) van toepassing (art. 2242-2259 B.W.).

822 In het licht van deze specifieke doelstelling, heeft de in artikel 419 B.W. bepaalde verjaringstermijn een bijzonder karakter.

Het betreft enkel de door de pupil jegens de (toeziende) voogd (of zijn rechtsopvolgers) ingestelde aansprakelijkheidsvordering: dit is de zogeheten *actio*

directa tutelae. Artikel 419 B.W. is eveneens van toepassing op de vorderingen die tegen de toeziende voogd worden ingesteld ingeval hij, ter vervanging van de voogd, als vertegenwoordiger van de pupil is opgetreden of indien hij de verplichting had dit te doen (Cass. 2 juli 1885, *Pas.* 1885, I, 199; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, p. 1527-1528, nr. 156).

Het betreft daarentegen niet de door de (toeziende) voogd tegen zijn (gewezen) pupil (of zijn rechtsopvolgers) ingestelde vordering: dit is de zogeheten *actio contraria tutelae*. Zo bijvoorbeeld de definitieve voogdijrekening op een tegoed in het voordeel van de gewezen voogd wijst, is de hieruit voortvloeiende vordering aan voormelde gemeenrechtelijke verjaringstermijn onderworpen en niet aan het in artikel 419 B.W. bepaalde (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1329-1330, nr. 1445, A).

Hoewel artikel 419 B.W. aldus niet geldt inzake de *actio contraria tutelae*, zij wel opgemerkt dat, zo de (toeziende) voogd, buiten de bedoelde vijfjarige termijn (maar niet vóórdien; Brussel 13 februari 1967, *Rev. prat. not.* 1969, 233), een vordering tegen de (gewezen) pupil instelt, laatstgenoemde alsnog, bij wijze van exceptie, van de (toeziende) voogd (bijkomende) rekening en verantwoording kan vragen: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, "Overzicht van rechtspraak (1964-1974): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1976, p. 508, nr. 155; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1332, nr. 1447).

Bovendien betreft het, in het raam van voormelde *actio directa tutelae*, enkel de vorderingen omtrent het door de voogd gevoerde beheer *in se*, zoals inzonderheid geconcretiseerd in de door de (gewezen) voogd geredigeerde of alsnog te redigeren voogdijrekeningen. Aldus vallen de vordering in revindicatie, dan wel de vordering teneinde zich (op het einde van de voogdij) terug in het bezit te doen stellen van de beheerde goederen, alsook de vordering teneinde zich het uit de (goedgekeurde) slotrekening in het voordeel van de (gewezen) pupil voortvloeiende batig saldo (en interesten) te doen uitkeren, niet onder het in artikel 419 B.W. bepaalde. Dit is evenmin het geval voor de vorderingen die vreemd zijn aan het bedoelde vermogensbeheer (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1330, nr. 1445, B).

Wel zijn (inzonderheid) bedoeld de vordering die de beweerde aansprakelijkheid van de (toeziende) voogd doet rijzen inzake het waargenomen vermogensbeheer, alsook de vordering (tegen de voogd) strekkende tot het afleggen van rekening en verantwoording omtrent het waargenomen voogdijbeheer (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1330-1331, nr. 1445).

823 Het zij wel opgemerkt dat een herziening van de eens (inzonderheid in het licht van art. 415, eerste en tweede lid B.W.) goedgekeurde, dan wel gerechtelijk (in de zin van de art. 1358-1369 Ger.W.) gedane voogdijrekening in de regel uitgesloten is, tenzij het anderszins is aangegeven dan wel door de voogd is toegestaan (Cass. 14 januari 1847, *Pas.* 1847, I, 382; H. DE PAGE,

a.w., II, p. 1311-1312, nr. 1430). Te dezen bepaalt artikel 1368 Ger.W. dat geen "herrekening" wordt toegestaan, behalve bij verschrijvingen, weglatingen, valse of dubbel geboekte posten (Luik 11 februari 1937, *Pas.* 1937, II, 162). Eens met andere woorden de voogd te definitieven titel rekening en verantwoording heeft afgelegd, wordt hierop (in de regel) niet teruggekomen, althans niet voor zover dit een discussie ten gronde met zich zou brengen. Enkel de rechtzetting van een gebeurlijk (met niet ter discussie staande stukken aan te tonen) louter materiële vergissing is toegestaan (Cass. 14 januari 1847, *Pas.* 1847, I, 382; Cass. 18 januari 1962, *Pas.* 1962, I, 580). Voor de rechtzetting van een dergelijke vergissing geldt overigens de gemeenrechtelijke (tienjarige) verjaringstermijn.

Zie ook: A. COLIN en H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, I, Parijs, Dalloz, 1953, p. 709-710, nr. 1247; H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1331, nr. 1446; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, *Les personnes* (door R. SAVATIER m.m.v. J. SAVATIER), Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 672-674, nr. 612.

824 In geval van bedrog (*fraude*), kan de voogdijrekening steeds aangevochten worden (*fraus omnia corrumpit*), zij het (enkel) binnen de in artikel 419 B.W. bepaalde vijfjarige termijn (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1312, nr. 1430).

825 De vraag rijst welke verjaringstermijn geldt voor de vordering tot nietigverklaring van een in strijd met artikel 416, eerste lid B.W. gesloten overeenkomst.

Zie terzake: H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1331-1332, nr. 1446.

Krachtens artikel 1304, eerste lid B.W. duurt, in alle gevallen waarin de (rechts)vordering tot nietigverklaring of tot vernietiging van een overeenkomst (inzonderheid omwille van de onbekwaamheid van een van de contractanten, dan wel omwille van een wilsgebrek) niet door een bijzondere wet tot een kortere termijn is beperkt, deze rechtsvordering tien jaar. In de regel begint deze verjaringstermijn te lopen vanaf de dag waarop de litigieuze overeenkomst is gesloten. Indien de pupil alsdan nog minderjarig was, begint de tienjarige termijn pas te lopen vanaf zijn meerderjarigheid.

Enkel wanneer de in strijd met artikel 416, eerste lid B.W. geredigeerde overeenkomst in wezen strekt tot vrijstelling van de voogd om op afdoende wijze rekening en verantwoording af te leggen, is de in artikel 419 B.W. bepaalde bijzondere verjaringstermijn van toepassing. Eigenaardig is wel dat deze vijfjarige termijn hoe dan ook begint te lopen vanaf de meerderjarigheid van de pupil, ook al wordt de bedoelde overeenkomst nadien gesloten.

Zo niet, geldt artikel 1304, eerste lid B.W. Deze bepaling is eveneens van toepassing wanneer een reeds goedgekeurde voogdijrekening door een wilsgebrek is aangetast (wat thans, gelet op de rechterlijke controle, nog maar uitzonderlijk het geval zal zijn) (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1330-1331, nr. 1445).

826 Tot slot rijst de vraag vanaf wanneer de (in art. 419 B.W. bepaalde) vijfjarige termijn precies begint te lopen.

Luidens artikel 419 B.W. is dit vanaf de meerderjarigheid, zelfs indien de minderjarige (pupil) ontvoegd is geworden (art. 2252 B.W.). Hiermee beoogt de wetgever het *quod plerumque fit*, meer precies het geval waarin de voogdij *in se* eindigt ingevolge de meerderjarigheid van de pupil.

Ook indien de voogdij (*in se*) eindigt ingevolge de (volle) adoptie of ingevolge het feit dat een (van beide) ouder(s) opnieuw in de mogelijkheid verkeert om zijn wil te kennen te geven in de zin van artikel 389 B.W., loopt de termijn vanaf de meerderjarigheid van de pupil.

Ingeval de voogdij eindigt ingevolge het overlijden van de pupil, moet redelijkerwijze aangenomen worden dat de termijn vanaf het tijdstip van dit overlijden begint te lopen ten aanzien van de rechtsopvolgers van de overleden pupil.

Bij gebrek aan een andersluidende wettelijke bepaling, geldt de vijfjarige verjaringstermijn eveneens wanneer de voogdijopdracht van een bepaalde voogd eindigt (terwijl de voogdij *in se* voortduurt), en dit hoewel de voogd in functie ten tijde van het beëindigen van de voogdij *in se* (hoe dan ook) voor het globale voogdijbeheer instaat (met inbegrip van dat van zijn voorganger) (H. DE PAGE, *a.w.*, II, p. 1332-1333, nr. 1448). Het startpunt van de termijn is en blijft dan ook de meerderjarigheid van de pupil.

TITEL VIII
VOOGDIJ IN INTERNATIONALE CONTEXT

§ 1. Gemeenrechtelijke verwijzingsregel

827 De onbekwaamheid van minderjarigen werd traditioneel gekoppeld aan de bekwaamheid als verwijzingscategorie in de zin van artikel 3, derde lid B.W. Dit betekent dat de grondregels betreffende de onbekwaamheid van minderjarige, en met name de vastlegging van de meerderjarigheidsgrens, de voorwaarden en oorzaken van ontvoogding, de aanduiding van zijn vertegenwoordigers en hun bevoegdheden, werden beheerst door de nationale wet van de minderjarige.

Zodoende werd ook de voogdij principieel beheerst door de *lex patriae* van de minderjarige (Brussel 16 januari 1997, *A.J.T.* 1996-97, 444, noot K. LAMBEIN; Rb. Brussel 11 april 1987, *T.B.B.R.* 1988, 498; Vred. Sint-Gillis 25 maart 1986, *T.Vred.* 1987, 165, noot A. VAN MENSEL; Vred. Sint-Gillis 28 juli 1989, *T.Vred.* 1990, 114; Vred. Sint-Gillis 21 december 1989, *T.Vred.* 1990, 97). Deze wet bepaalde wanneer de voogdij ontstaat en eindigt. Zij beheerste eveneens de organisatie van de voogdij (zo ook bv. de gevallen van verschooning, uitsluiting en ontzetting van de voogd), de vraag welke beschermingsmaatregelen in het belang van de minderjarige moeten worden genomen en de werking van de voogdij. Golden de beschermingsmaatregelen als politiewetten, dan speelde een territoriale factor.

828 De realiseerbaarheid van de bedoelde beschermingsmaatregelen hing echter af van de beschikbaarheid van de instellingen in de *lex fori* (A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht – Een inleiding*, Mechelen, Kluwer, 2002, p. 137, nr. 301). Het is immers de *lex fori* die nodige bevoegdheid verleent aan de plaatselijke instanties. Dikwijls ontstonden problemen van functionele gelijkwaardigheid (adaptatie) van instellingen uit de *lex patriae* van de minderjarige en deze uit de *lex fori*. De *lex patriae* kon bijvoorbeeld in de tussenkomst voorzien van organen die niet bekend waren in het land waar de voogdij moest worden ingericht (Rb. Dendermonde 3 april 1980, *T. Not.* 1980, 305).

Zo kon de voogdij over Marokkaanse en Algerijnse minderjarigen hier niet op dezelfde wijze worden georganiseerd (Rb. Brussel 30 september 1985, *T.Vred.* 1986, 181, noot G. ROMMEL; Vred. Sint-Gillis 25 maart 1986, *T.Vred.* 1987, 165, noot A. VAN MENSEL; Vred. Sint-Gillis 28 juli 1989, *T.Vred.* 1990, 114; Vred. Sint-Gillis 27 februari 1990, *T.Vred.* 1990, 148).

Zie voor een bespreking van deze rechtspraak: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak (1988-1994): Personen- en familierecht", *T.P.R.* 1994, p. 2338, nr. 516; J. ERAUW, F. BOUCKAERT, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, W. WAUTERS en B. WYLLEMAN, "Overzicht van rechtspraak (1985-1992): Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht", *T.P.R.* 1993, p. 586-587, nr. 127.

Dergelijk probleem rees ook voor het Hof van Beroep te Brussel (Brussel 16 januari 1997, *A.J.T.* 1996-97, 444, noot K. LAMBEIN). Naar aanleiding van de verkoop van een in België gelegen onroerend goed waarvan een Italiaanse vader en zijn Italiaans minderjarig kind onverdeelde mede-eigenaars zijn, vordert men de aanstelling van een voogd *ad hoc*. In geval van patrimoniale belangenstelling tussen kinderen en hun ouders voorziet de Italiaanse wet in de aanduiding van een "speciale curator". Het Hof gaat op de vraag in door een voogd *ad hoc* aan te duiden "équivalent du curateur spécial prévu par la législation italienne" (zie hierover: J. ERAUW, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, K. ROOX en J. VERHELLEN, "Overzicht van rechtspraak (1993-1998): Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht", *T.P.R.* 1998, p. 1465-1466, nr. 173).

829 Een probleem kon worden voorkomen indien de diplomatieke of consulaire ambtenaren die in het land waar de voogdij moest worden ingericht de staat vertegenwoordigen waarvan de minderjarige de nationaliteit heeft, de bevoegdheid hebben om in de voogdij te voorzien. Dan konden zij de organisatie van de voogdij op zich nemen. De Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordigers hebben die bevoegdheid niet (G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, p. 214, nr. 446).

Was deze oplossing niet mogelijk, zoals bijvoorbeeld voor de Belgische minderjarigen die in het buitenland wonen, dan werd de voogdij georganiseerd overeenkomstig de wet van het land waar de minderjarige zijn gewoon verblijf heeft en dus niet overeenkomstig zijn nationale wet.

Met de Wet van 16 juli 2004 'houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht' is artikel 3 B.W. opgeheven. Op die manier verdwijnt het traditionele aanknopingspunt om de nationale wet toe te passen inzake de staat en de bekwaamheid van natuurlijke personen. Thans bepaalt artikel 34, § 1 WbIPR dat, behalve in aangelegenheden waar het Wetboek anders bepaalt, de staat en de bekwaamheid van een persoon worden beheerst door het recht van de staat waarvan hij de nationaliteit heeft; de bekwaamheid wordt evenwel beheerst door het Belgische recht indien het buitenlandse recht tot de toepassing van dit recht leidt. Het gaat om een algemene regel van aanvullende aard die van toepassing is op alle gevallen die niet worden geregeld door een specifieke verwijzingsregel aangaande het personele statuut. Artikel 35 bevat zo'n specifieke verwijzingsregel aangaande het ouderlijk gezag, de voogdij en de bescherming van onbekwamen. Het ouderlijk gezag en de voogdij, de vaststelling van de onbekwaamheid van een volwassene en de bescherming van een onbekwame persoon of diens goederen worden beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied die persoon zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip van de feiten die aanleiding geven tot de bepaling van het ouderlijk gezag, tot het ontstaan van de voogdij of tot de goedkeuring van beschermingsmaatregelen. In geval van wijziging van de gewone verblijfplaats wordt de vaststelling van het ouderlijk gezag of van de voogdij aan de zijde van een persoon die deze verantwoordelijkheid nog niet draagt, beheerst

door het recht van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats. De uitoefening van het ouderlijk gezag of van de voogdij wordt beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip waarop die uitoefening wordt aangevoerd. Indien dit recht niet de mogelijkheid biedt de bescherming te waarborgen die de persoon of diens goederen vereisen, wordt de bescherming beheerst door het recht van de staat waarvan de persoon de nationaliteit heeft. Het Belgische recht is van toepassing indien het materieel of juridisch onmogelijk blijkt om de maatregelen te nemen waarin het toepasselijke buitenlandse recht voorziet.

830 De *formae habilitantes* of bevoegdmakende pleegvormen, en meer bepaald welke machtigingen en formaliteiten vereist zijn voor het stellen van bepaalde (rechts)handelingen, worden evenzeer bepaald door de wet die de voogdij organiseert.

Zo is overeenkomstig de Marokkaanse wetgeving geen rechterlijke machtiging nodig voor het aangaan van een lening ten behoeve van een minderjarige. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel oordeelt dan ook dat de voogd hierover alleen kan beslissen (Rb. Brussel 11 april 1987, *T.B.B.R.* 1988, 498).

Inzake de verkoop van een onroerend goed dat geheel of gedeeltelijk aan een minderjarige toebehoort, voorzien de meeste wetgevingen in *formae habilitantes*. Deze formaliteiten worden beheerst door de wet die de voogdij organiseert en niet door de wet van de ligging. Wanneer de gebeurlijk toepasselijke vreemde wet geen beschermingsmaatregelen vereist, kan de verkoop in België plaatsvinden zonder naleving van de Belgische voorschriften van de artikelen 1186 en volgende Ger.W. Aldus bevestigt de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (vóór de inwerkingtreding van het Wetboek van internationaal privaatrecht) in een geval van verkoop uit de hand van een onroerend goed dat gedeeltelijk toebehoort aan een Britse minderjarige “que les règles applicables au partage et à la vente des biens immeubles qui appartiennent en tout ou en partie à des enfants mineurs en ce qui concerne les autorisations exigées et les formes prescrites dans leur intérêt sont celles établies par la loi nationale des mineurs” (Rb. Brussel 26 februari 1997, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 36). Na de correcte aanwijzing van het toepasselijke Britse recht, vervolgt de rechtbank (ten onrechte; vgl.: Cass. 9 oktober 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 142; zie ook: L. SIMONT, “La Cour de cassation et la loi étrangère – Quelques réflexions”, in I. VEROUGSTRAETE, Chr. STORCK, J. KIRKPATRICK en G. BRESSELEERS (reds.), *Imperat Lex – Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 189-207) dat de verzoeker niet aantoont dat dergelijke verkoop naar Brits recht kon plaatsvinden zonder rechterlijke machtiging of zonder welbepaalde formaliteiten vergelijkbaar met deze die het Belgische Gerechtelijk Wetboek vooropstelt. Om die reden past de rechtbank artikel 1187 Ger.W. toe “en ce que l’intéressé vise implicitement par le dépôt de sa requête”.

Zie voor een kritische bespreking van het vermelde vonnis: J. ERAUW, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, K. ROOX en J. VERHELLEN, *a.w.*, p. 1464-1465, nr. 172.

Zie ook: Rb. Brussel 30 september 1985, *T.Vred.* 1986, 181, noot G. ROMMEL; Vred. Sint-Gillis 25 maart 1986, *T.Vred.* 1987, 165; J. ERAUW, F. BOUCKAERT, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, W. WAUTERS en B. WYLLEMAN, *a.w.*, p. 587-588, nr. 128.

Zie voor een meer uitgebreide bespreking: H. JACOBS, "Het vervreemden van een onroerend goed geheel of gedeeltelijk toebehorend aan een minderjarige en het internationaal privaatrecht", *T. Not.* 1991, 432-437.

§ 2. Verdrag van 12 juni 1902 "tot regeling van de voogdij van minderjarigen"

831 De vermelde gemeenrechtelijke verwijzingsregels van weleer stemmen *grosso modo* overeen met deze van het Verdrag van Den Haag van 12 juni 1902 "tot regeling van de voogdij van minderjarigen", dat nog steeds toepassing moet vinden (zie bv.: Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53, noot C. DE BUSSCHERE). Het verdrag werd door België bekrachtigd bij Wet van 27 juni 1904 (*B.S.* 10 juli 1904 en 7 juli 1926) en trad alhier in werking sinds 1 augustus 1904 (G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I, *Code civil*, I, art. 1-515, Brussel, Bruylant, 1905, 497-501, nrs. 15-18; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes – doctrine – jurisprudence)*, II, *Les incapables – Les obligations (première partie)*, II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 76-77, nr. 41). Het geldt enkel nog in de betrekkingen met Duitsland, Italië, Luxemburg, Polen, Portugal, Roemenië en Spanje.

832 Krachtens artikel 1 wordt de voogdij van een minderjarige beheerst door zijn nationale wet. In toepassing van dit artikel vernietigt het Hof van Cassatie de beslissing van de rechter die, na de verkoop te hebben bevolen van een onroerend goed dat in onverdeeldheid toebehoort aan een Belg en aan een minderjarige Nederlander, beveelt dat het deel van de opbrengst van de verkoop dat toekomt aan de Nederlander moet worden geconsigneerd, terwijl de Nederlandse wet dergelijke maatregel niet voorschrijft (Cass. 16 juli 1906, *Pas.* 1906, I, 349). Artikel 2 van dit verdrag heeft betrekking op de bevoegdheden van de diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger. Indien de nationale wet de voogdij in het eigen land van de minderjarige niet regelt voor het geval dat deze zijn gewoon verblijf in het buitenland heeft, kan de diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger, daartoe bevoegd verklaard door de staat waartoe de minderjarige behoort, in de voogdij voorzien overeenkomstig de wet van die staat, indien de staat waar de minderjarige zijn gewoon verblijf heeft zich daartegen niet verzet. Artikel 3 vervolgt dat de voogdij van de minderjarige die zijn gewoon verblijf in het buitenland heeft, evenwel wordt ingesteld en uitgeoefend overeenkomstig de ter plaatse geldende wet, indien in de voogdij niet is of niet kan worden voorzien overeenkomstig de bepalingen van artikel 1 of artikel 2. In alle gevallen begint en eindigt de voogdij op de tijdstippen en om de redenen, aangewezen door de nationale wet van de minderjarige (art. 5). De voogd heeft gezag over de persoon van de minderjarige en beheert zijn volledige vermogen, waar de tot dit vermogen behorende goederen zich ook bevinden (art. 6, eerste lid). Een uitzondering geldt ten aanzien van de onroerende goederen die door de wet van de staat waarin zij gelegen zijn, aan een bijzondere regeling zijn onderworpen (art. 6, tweede lid). In afwachting dat in de voogdij wordt voorzien, alsmede in alle

spoedeisende gevallen, kunnen de maatregelen, nodig voor de bescherming van de persoon en van de belangen van een vreemde minderjarige, door de plaatselijke overheden worden genomen (art. 7).

§ 3. Wetboek van internationaal privaatrecht

833 Op 1 oktober 2004 is het Wetboek van internationaal privaatrecht in werking getreden (Wet van 16 juli 2004 “houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht”, *B.S.* 27 juli 2004; J. ERAUW, “Het vernieuwde internationaal privaatrecht van België wordt van kracht”, *R.W.* 2004-05, 121-132). Een Ministeriële Omzendbrief van 23 september 2004 “betreffende de aspecten van de Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht die betrekking hebben op het personeel statuut” (*B.S.* 28 september 2004) strekt ertoe de ambtenaren van de burgerlijke stand voor te lichten over de draagwijdte van de bepalingen die zij mogelijkwijs moeten toepassen in de uitoefening van hun ambt.

Het internationaal privaatrecht omvat het geheel van de bepalingen die in een staat, in verband met private situaties van internationale aard in burgerlijke en handelszaken, de volgende materies regelen: de bevoegdheid van de nationale overheden, de aanwijzing van het toepasselijke nationale recht door middel van conflictenregels of verwijzingsregels en het bepalen onder welke voorwaarden een buitenlandse rechterlijke beslissing of een buitenlandse authentieke akte in een staat gevolgen kan hebben.

Het oude internationaal privaatrecht was vastgesteld in verspreide, oude en onvolledige teksten. De vaststelling van het toepasselijke nationale recht werd hoofdzakelijk en in zeer algemene bewoordingen geregeld in artikel 3 B.W. De formulering ervan werd sedert 1804 nooit herzien. Het merendeel van de toegepaste oplossingen vloeide derhalve voort uit rechterlijke interpretaties, in ruime mate door de rechtsleer gevolgd. De omvang van dit proces wees op het groeiende belang van deze materie maar ook op de ontoereikendheid van de bestaande wetsbepalingen. Thans heeft de wetgever die verholpen.

Om de nodige transparantie te waarborgen zijn de voorheen versnipperde bronnen in éénzelfde wetboek samengebracht. Vaak is het Wetboek niet zozeer erop gericht te innoveren, maar strekt het ertoe bestaande regels te verduidelijken. Het Wetboek poogt eveneens een complexe materie eenvoudig te formuleren. Zo wordt de voorkeur gegeven aan bepalingen die voldoende nauwkeurig zijn en toch de nodige soepelheid bezitten om de regel aan te passen aan de verscheidenheid van internationale rechtsverhoudingen.

De uitwerking van een wetboek biedt tevens de mogelijkheid overlappingsen te voorkomen. De voorkeur gaat uit naar een nationale codificatie boven een codificatie langs internationale verdragen. Deze laatste hebben meestal slechts betrekking op een specifieke materie en geven niet noodzakelijk een algemeen beeld. De verplichtingen van bepaalde internationale onderhandelingen kunnen eveneens leiden tot compromissen die soms moeilijk werkbaar zijn. Het nadeel van dergelijke oplossingen komt nog meer tot uiting wanneer, zoals vaak het geval is, een mechanisme ontbreekt dat een eenvormige interpretatie van verdragsrechtelijke teksten mogelijk maakt.

In het Wetboek wordt met vier nieuwe ontwikkelingen rekening gehouden.

Vooreerst houdt het Wetboek rekening met de interpretatie die de rechtspraak heeft gegeven aan teksten die voor het merendeel tot de Code Napoléon teruggaan. Het Wetboek is eveneens gegrond op andere Europese codificaties.

Ten tweede moet worden opgemerkt dat de maatschappelijke verhoudingen op fundamentele wijze zijn veranderd. Het internationale verkeer van goederen en personen is een alledaagse zaak geworden. Net als andere Europese landen heeft België een sterke immigratiebeweging gekend, inzonderheid van bevolkingsgroepen uit niet-Europese culturen. De wetgevingen van de betrokken staten hebben zich daaraan aangepast door met betrekking tot familiale aangelegenheden de voorrang te geven aan oplossingen gegrond op het territorialiteitsbeginsel. In dit Wetboek wordt daarmee rekening gehouden, aangezien niet alleen de nationaliteit als aanknopingsfactor wordt gehandhaafd maar ook de rol van de gewone verblijfplaats als factor van betekenis wordt erkend. Hierin komt nogmaals de nieuwe benadering van de regeling van internationale privaatrechtelijke

verhoudingen tot uiting. De draagwijdte van het beginsel van staatsburgerschap wordt immers gerelativeerd en het belang van het beginsel van de nauwste binding wordt erkend. Ten derde moet worden vastgesteld dat de wijze van verkrijging van nationaliteit sedert de codificatie van het begin van de negentiende eeuw een fundamentele wijziging heeft ondergaan. Enerzijds heeft de nationaliteit zijn typisch permanent karakter verloren. De nationale wetgevingen hebben immers de verandering van nationaliteit vergemakkelijkt. Anderzijds hebben die wetgevingen het behoud van dezelfde nationaliteit binnen de familie opgegeven. Met andere woorden, vormt het nationaliteitsbeginsel niet langer een waarborg voor het permanente karakter van de staat van personen noch voor de unitaire aanknoping op het stuk van de familiebanden. Uiteindelijk illustreert de hervorming van het internationaal privaatrecht de wil om de wet aan te passen aan de evolutie van de fundamentele maatschappelijke waarden.

Het Wetboek wordt ook gekenmerkt door een internationalistische geest. Het nationale karakter van de codificatie vormt geen beletsel voor de openheid ervan. De realiteitszin dwingt ertoe het nationale karakter van de regelgeving inzake internationaal privaatrechtelijke verhoudingen te erkennen, zoals dat reeds sedert het einde van de negentiende eeuw wordt aanvaard. Hierbij moet evenwel rekening worden gehouden met de belangen van het internationale goederen- en personenverkeer. Daartoe moeten in het buitenland rechtsgeldig verworven rechten in de mate van het mogelijke worden erkend. Het Belgische internationaal privaatrecht handhaaft die traditie en streeft er dan ook naar de toepassing van het buitenlandse recht te waarborgen door middel van multilaterale verwijzingsregels en de effectieve uitwerking ervan vast te leggen door aan het buitenlandse recht een gunstig procedureel statuut te verlenen. Er kan bovendien worden bevestigd dat de invoering van een formeel wetboek uit zichzelf kan bijdragen tot een open ingesteldheid. Door de wettelijke bepalingen domein per domein voor te schrijven wordt de *practicus* gedwongen de mogelijke toepassing van een vreemd recht te overwegen. De afwezigheid van aangepaste regels houdt immers het risico in dat de natuurlijke toegroei naar het eigen recht van het *forum* wordt versterkt.

Deze internationale openheid heeft een dubbele invloed op het Wetboek. Vooreerst wordt bij de formulering van de gevallen bedoeld in de verwijzingsregels of bij de formulering van de verwijzingscategorie, gepoogd afstand te doen van de terminologie eigen aan het Belgische recht ten einde de bruikbaarheid van de regel ten aanzien van gelijk(w)aardige buitenlandse rechtsfiguren te waarborgen. Tevens is het Wetboek, met betrekking tot de formulering van de aanknopingsfactor, voor zover als mogelijk geïnspireerd door de strekkingen gehuldigd in de bestaande internationale instrumenten, zelfs indien België ze niet heeft geratificeerd, en de recente nationale codificaties. In die zin staat een nationale codificatie een toenadering van de nationale rechtssystemen niet in de weg. Het is eerder een stap naar harmonisatie, althans wanneer de tendensen in de rechtsvergelijking worden gevolgd en het objectieve beginsel van het zoeken naar de nauwste binding in ere wordt gehouden.

Door een Belgisch wetboek te maken, verwaarloost de wetgever niet meteen het belang van de internationale codificatie. In de eerste plaats beantwoordt de wetgever daarmee de vraag naar juridische zekerheid zoals gevoeld door de sociaal-economische milieus. De wetgever is zich zeer bewust van de beperkingen van een internationale codificatie. De onderhandelingen, gevolgd door de inwerkingtreding van een verdrag, kunnen soms een lange en onzekere weg volgen en betreffen meestal een erg specifieke materie. En eenmaal in werking getreden, is de internationale tekst moeilijk aan evoluties aan te passen. Bovendien wordt de omvang van een dergelijke internationale codificatie steeds bepaald door het aantal ratificerende staten. Men kan verdedigen dat een internationale codificatie, hoe verdienstelijk ook, het niet kan stellen zonder basisregels die, in elk domein, de situaties kan regelen die ze niet dekt. Globaal bekeken zijn de verwezenlijkingen op het vlak van verdragsrecht nogal bescheiden als men het geheel van de burgerlijk recht en handelsrecht bekijkt. Men telt in dit domein, na meer dan veertig jaar werk, twaalf verdragen in werking (waarvan er vier zijn geratificeerd door België) van de Haagse Conferentie, de op heden meest actieve organisatie voor wat betreft dit domein van het internationaal privaatrecht. Bovendien zijn, onder al die verdragen, de verdragen die door meer dan tien staten werden geratificeerd, zeldzaam. De eenmaking van het recht blijkt een moeilijk te halen doelstelling.

De wetgever verwaarloost, door internationaal privaatrechtelijke regels te stemmen, evenmin de verplichtingen voortkomend uit de normatieve bevoegdheid van de Europese Gemeenschap inzake internationaal privaatrecht. Het gaat om een expliciete Europese bevoegdheid sinds de in-

werkingtreding van het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999. Tot nog toe is het werkveld van de verschillende verordeningen of richtlijnen bijna volledig beperkt tot wat men een "communautair geschil" zou kunnen noemen, dit wil zeggen een situatie met een specifiek aanknopingspunt met een lidstaat. Geven de werkzaamheden verder aanleiding tot de goedkeuring van (verdergaande) verordeningen, dan hoeft men maar de bepalingen die erop betrekking hebben te vervangen door een verwijzing naar de bedoelde verordening. Komen er richtlijnen, dan past men gewoon de inhoud van de nationale bepalingen eraan aan.

Het Wetboek wil geen afbreuk doen aan de toepassing van de internationale verdragen die België op het vlak van het internationaal privaatrecht binden, noch aan de besluiten van de Europese Gemeenschap. Het Wetboek regelt, luidens artikel 2, voor internationale gevallen de bevoegdheid van de Belgische rechters, de aanwijzing van het toepasselijke recht en de voorwaarden voor de uitwerking in België van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten in burgerlijke zaken en in handelszaken, zulks "onder voorbehoud van de toepassing van internationale verdragen, van het recht van de Europese Unie of van bepalingen in bijzondere wetten". Deze bepaling is niet nieuw maar herhaalt slechts welbekende beginselen, te weten enerzijds de voorrang van de internationale rechtsinstrumenten op het nationale recht en anderzijds de toepassing van het *adagium: lex specialis generalibus derogat*. Daaruit vloeit voort dat de bepalingen van het Wetboek niet van toepassing zijn indien sprake is van een internationaal verdrag waarbij België partij is, een geldend rechtsinstrument van de Europese Unie of een bijzondere wet waarin wordt afgeweken van sommige bepalingen van het Wetboek.

834 Het Wetboek vangt aan met een aantal "algemene bepalingen". In die bepalingen wordt een definitie gegeven van de begrippen nationaliteit, woonplaats en gewone verblijfplaats. Het zijn factoren op grond waarvan de internationale bevoegdheid of het toepasselijke recht wordt vastgesteld.

Artikel 3 inzake de nationaliteit preciseert achtereenvolgens: (1) de vaststelling of een natuurlijke persoon de nationaliteit van een staat heeft, wordt beheerst door het recht van de betrokken staat, (2) de verwijzingen in deze wet naar de nationaliteit van een natuurlijke persoon die twee of meer nationaliteiten heeft, beoogt in de eerste plaats de Belgische nationaliteit, indien zij een van die nationaliteiten is, en, in de andere gevallen, de nationaliteit van de staat waarmee die persoon, alle omstandigheden in acht genomen, de nauwste banden heeft, inzonderheid rekening houdend met zijn gewone verblijfplaats, (3) de verwijzingen in deze wet naar de nationaliteit van een natuurlijke persoon die krachtens de wet of internationale verdragen die België binden de hoedanigheid van staatloze of vluchteling heeft, worden vervangen door een verwijzing naar de gewone verblijfplaats en (4) de verwijzingen in deze wet naar de nationaliteit van een natuurlijke persoon van wie de nationaliteit onmogelijk kan worden vastgesteld, worden vervangen door een verwijzing naar de gewone verblijfplaats.

Artikel 4 definieert het woonplaatsbegrip als (1) de plaats waar een natuurlijke persoon volgens de bevolkingsregisters, de vreemdelingenregisters of het wachtregister in België zijn hoofdverblijf heeft en (2) de plaats waar een rechtspersoon in België zijn statutaire zetel heeft. Onder gewone verblijfplaats wordt verstaan (1) de plaats waar een natuurlijk persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning (om deze plaats te bepalen, wordt met name rekening gehouden met omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die duurzame banden met die plaats aantonen of wijzen op de wil om die banden te scheppen) en (2) de plaats waar een rechtspersoon zijn voornaamste vestiging heeft (om deze plaats te bepalen, wordt in het bijzonder rekening gehouden met zijn bestuurscentrum, evenals zijn zaken- of activiteitencentrum en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel).

De algemene bepalingen omvatten eveneens regels inzake de internationale bevoegdheid en de uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten. Van deze soort regels bevat het Wetboek twee categorieën. De regels van de eerste categorie zijn eigen aan een bepaalde materie en worden daarom in elk van de betrokken hoofdstukken ingevoegd. Die van de tweede categorie zijn van algemene aard, wat betekent dat zij in alle materies van toepassing zijn, behalve

in de gevallen waarin anders is bepaald. In beginsel vullen de algemene regels dus de bijzondere aan.

835 De hoofdstukken II tot IV omvatten de materies die in ruime zin onder het personen- en familierecht vallen. Het gaat, behalve om de aanvullende bepalingen toepasselijk inzake statusvragen die niet worden bestreken door bijzondere regels, om bepalingen inzake de onbekwaamheid, de naam, het huwelijk (vermogensrecht), de echtscheiding en de afstamming. Zij omvatten ook andere bepalingen bedoeld om de relaties van samenleven buiten het huwelijk te regelen. Daardoor kunnen niet alleen geschillen worden opgelost betreffende de wettelijke samenwoning zoals omschreven in de Belgische wetgeving, maar ook geschillen omtrent aanverwante samenlevingsvormen ontstaan in het buitenland.

Het Wetboek bevestigt het beginsel van aanknopning van de persoon aan het recht van de staat waarvan deze de nationaliteit bezit. Daarbij wordt evenwel ook rekening gehouden met de moderne trend om de rol van de gewone verblijfplaats van de persoon in aanmerking te nemen. In dit opzicht hoedt het Wetboek zich voor iedere vorm van theoretisch vooroordeel en geeft het de voorkeur aan oplossingen ingegeven door het dubbele streven naar billijkheid en praktische werkbaarheid. Algemeen verliest het nationaliteitscriterium aan belang in vergelijking met het geldende recht. Het criterium is echter behouden waar de bijzondere aard van de zaak het rechtvaardigt. Dit is in het bijzonder het geval wanneer de vraag het persoonlijke statuut van het individu aanbelangt en niet een groepsbelang, bv. bij vragen omtrent de identiteit of de verandering van status zoals door het huwelijk.

In feite moet de vaststelling van de staat van een persoon (naam, huwelijk, afstamming) aan de hand van de nationaliteit zoveel mogelijk het permanente karakter van de staat van personen in het internationale verkeer waarborgen. In die zin betreft de nationaliteit (als aanknopingsfactor) niet zozeer het behoud van de onderwerping aan het vaderland, maar wel het in acht nemen van het beginsel van de nauwe band met dat land en van de belangen van de particulier in de internationale migratie. De nationaliteit vormt in dit verband een objectief criterium van onderscheid. Een rechter kan in deze materies bijgevolg niet de systematische toepassing van de *lex fori* opleggen omdat de vreemdeling zou worden gediscrimineerd ten opzichte van de eigen onderdanen. Waar de vreemdeling door de aanwijzing van een vreemd recht onderworpen kan zijn aan verschillende materiële regels in vergelijking met een Belg, blijft hij, net zoals de Belg, onderworpen aan slechts één wet, namelijk de wet van de nationaliteit. Er zou sprake zijn van discriminatie wanneer de Belg bv. onderworpen zou zijn aan zijn nationale wet terwijl de vreemdeling zou vallen onder de wet van zijn verblijfplaats. Een dergelijke oplossing zou er toe leiden dat in haast alle gevallen het Belgische recht toepasselijk is voor iedereen op het Belgische grondgebied.

Met betrekking tot de vaststelling van feiten of handelingen verbonden aan het maatschappelijke leven van een persoon, laat de factor van de gewone verblijfplaats toe de integratie van die persoon in dat maatschappelijke leven te erkennen. Het Wetboek gaat in die richting met betrekking tot de uitoefening van het ouderlijk gezag en het opleggen van de onderhoudsverplichting. Hetzelfde geldt voor de aanknopning van de gevolgen van een huwelijksrelatie of van de ontbinding ervan. In dit opzicht bestaat in het vergelijkende recht een strekking die oproept met de factor nationaliteit geen rekening te houden ingeval de partners op het relevante ogenblik niet dezelfde nationaliteit bezitten: de voorkeur gaat naar de gewone verblijfplaats van de partijen in dezelfde staat als een factor die aan beide gemeenschappelijk is.

In die optiek vernieuwt het Wetboek: op grond van het beginsel van de nauwste binding moet, voor de gevolgen of de ontbinding van een familiale band, bij voorkeur worden aangeknoopt bij het recht van de staat waar de partijen het best geïntegreerd zijn. Alleen bij gebrek aan een gewone verblijfplaats in dezelfde staat kan de gemeenschappelijke nationaliteit nog worden beschouwd als een voldoende sterk teken van binding.

836 Krachtens artikel 32 zijn, behalve in aangelegenheden waar de wet anders bepaalt, de Belgische rechters bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de staat of de bekwaamheid van een persoon (naast de gevallen bepaald in de algemene bepalingen van de wet), indien: (1) die persoon bij het initiëren van de vordering zijn gewone verblijfplaats in België heeft of (2) die persoon bij het initiëren van de vordering Belg is.

Artikel 32 wil enkel een algemene regel van aanvullende aard geven in zaken van personen- en familierecht die niet binnen een bijzondere categorie vallen.

Het Wetboek biedt de mogelijkheid vorderingen inzake staat en bekwaamheid bij een Belgisch rechtscollege in te stellen op grond van de gewone verblijfplaats of de nationaliteit, en dit, zowel in rechtsgeschillen als in procedures van willige rechtsmacht. Op deze manier maakt de wetgever duidelijk dat het normaal is dat een persoon zich tot zijn nationale rechter kan wenden om te worden beoordeeld over zijn identiteit en bekwaamheid. Wat dat betreft, zou het overdreven zijn het verblijfs criterium te onderwerpen aan een termijnvoorwaarde, zoals dat het geval is in huwelijksaangelegenheden. Deze bepaling is echter een uitzondering, want ze verwijst naar het *forum* van de eiser alleen en is dan ook enkel toepasselijk bij gebrek aan bijzondere bepalingen. Dit betekent dat artikel 32 niet kan worden ingeroepen in een domein waar specifieke regels bestaan, zoals bijvoorbeeld bij vragen omtrent de naam (art. 36) of huwelijksaangelegenheden (art. 42). Omdat het artikel voorbehoud maakt voor de gevallen bepaald in de algemene bepalingen van de wet, toont het aan dat het *forum* van de woonplaats of de gewone verblijfplaats van de verweerder toegankelijk blijft inzake de staat van personen.

837 Krachtens artikel 33, eerste lid zijn de Belgische rechters bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende het ouderlijk gezag of de voogdij, de vaststelling van de onbekwaamheid van een volwassene of de bescherming van een onbekwame persoon, in de gevallen bedoeld in de algemene bepalingen van deze wet en in artikel 32.

De Belgische rechters zijn eveneens bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende het beheer van de goederen van een onbekwame persoon (naast de gevallen bepaald in de algemene bepalingen van deze wet en door art. 32), indien de vordering goederen betreft die in België gelegen zijn (art. 33, tweede lid).

Verder zijn de Belgische rechters bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de uitoefening van het ouderlijk gezag en van het recht op persoonlijk contact van ouders met hun kinderen die jonger dan achttien jaar zijn, wanneer een vordering tot nietigverklaring van het huwelijk, tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed bij hen aanhangig wordt gemaakt (art. 33, derde lid).

In dringende gevallen zijn de Belgische rechters eveneens bevoegd om, ten aanzien van een persoon die zich in België bevindt, alle maatregelen te nemen die de situatie vereist (art. 33, vierde lid).

Artikel 33 omschrijft verder (onder verwijzing naar art. 32) bijkomende internationale bevoegdheidscriteria die kunnen toelaten dat de Belgische rechter wordt aangesproken. Naast het geval van hoogdringendheid wordt het criterium van de gewone verblijfplaats van de te beschermen persoon vastgelegd. Dit criterium dient ook tot vaststelling van het toe te passen recht (art. 35), terwijl ook het criterium van de nationaliteit van de persoon blijft gelden. Het *forum* van het patrimonium is er maar voor de goederen die in België zijn gelegen. Er kan geen sprake van zijn voordeel te halen uit de situering van een goed in België om maatregelen te bekomen over goederen die zich in het buitenland bevinden.

De bedoelde maatregelen zijn deze die bijdragen tot de bescherming van de persoon en zijn goederen. Zo krijgt het begrip, voor wat de minderjarigen betreft, een gelijkaardige betekenis als in het Verdrag van Den Haag van 19 oktober 1996 “inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en dwanguitvoering en samenwerking betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen van kindbescherming”. Dit verdrag regelt de toekenning, de uitoefening en de intrekking van het ouderlijk gezag, alsook de delegatie daarvan. Tevens worden geregeld: het recht op persoonlijk contact, het verblijfsrecht, de voogdij en de curatele, de toekenning van bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheden aan instellingen, de plaatsing in pleeggezinnen, o.m. in geval van *kafala*, het beheer van de goederen van de persoon, of ook de maatregelen tot ontzetting uit het ouderlijk gezag. Het gaat hier telkens om de burgerlijke bescherming. De voorziene maatregelen staan volledig los van sociale bescherming en zij hebben geen betrekking op gevaarlijk gedrag van de te beschermen persoon.

Een bijzondere regel heeft betrekking op vorderingen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag en het recht op persoonlijk contact, wanneer deze accessoir zijn bij vorderingen tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk.

838 Behalve in aangelegenheden waar deze wet anders bepaalt, worden de staat en de bekwaamheid van een persoon beheerst door het recht van de staat waarvan hij de nationaliteit heeft (art. 34 § 1, eerste lid). De bekwaamheid wordt evenwel beheerst door het Belgische recht indien het buitenlandse recht tot de toepassing van dit recht leidt (art. 34 § 1, tweede lid). De bekwaamheid verworven volgens het aldus toepasselijke recht, wordt niet verloren ten gevolge van een nationaliteitsverandering (art. 34 § 1, derde lid). Onbekwaamheden betreffende een bepaalde rechtsverhouding worden beheerst door het recht toepasselijk op die verhouding (art. 34 § 2).

Artikel 34 voorziet in een algemene regel van aanvullende aard die van toepassing is op gevallen die niet worden geregeld door een specifieke verwijzingsregel aangaande het personele statuut. Deze regel huldigt met betrekking tot de staat en de bekwaamheid van natuurlijke personen het nationaliteitsbeginsel van het oude artikel 3 B.W.

De vraag omtrent het bestaan (begin en einde) van de persoon wanneer dit een voorwaarde is voor de toepassing van voorschriften die een bepaalde rechtsverhouding regelen, wordt niet beantwoord op grond van de nationale wet maar door de wet die de rechtsverhouding beheerst waarop de vraag betrekking heeft. Zo wordt krachtens het erfrecht beslist of een legaat kan worden gemaakt aan een verwekt kind en wordt op grond van het recht toepasselijk op de afstamming beslist of ten aanzien van een verwekt kind een erkenning van vaderschap kan worden verricht. Artikel 34 § 1, eerste lid behandelt enkel de vaststelling van de oorzaken van onbekwaamheid, zoals de leeftijd of de geestestoestand, en niet de omvang van de onbekwaamheid, wat in artikel 35 aan bod komt. Deze bepaling beheerst ook de ontvoogding.

839 Het ouderlijk gezag en de voogdij, de vaststelling van de onbekwaamheid van een volwassene en de bescherming van een onbekwame persoon of diens goederen worden (krachtens art. 35) beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied die persoon zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip van de feiten die aanleiding geven tot de bepaling van het ouderlijk gezag, tot het ontstaan van de voogdij of tot de goedkeuring van beschermingsmaatregelen. In geval van wijziging van de gewone verblijfplaats wordt de vaststelling van het ouderlijk gezag of van de voogdij aan de zijde van een persoon die deze verantwoordelijkheid nog niet draagt, beheerst door het recht van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats.

De uitoefening van het ouderlijk gezag of van de voogdij wordt beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip waarop die uitoefening wordt aangevoerd.

Indien dit recht niet de mogelijkheid biedt de bescherming te waarborgen die de persoon of diens goederen vereisen, wordt de bescherming beheerst door het recht van de staat waarvan de persoon de nationaliteit heeft. Het Belgische recht is van toepassing indien het materieel of juridisch onmogelijk blijkt om de maatregelen te nemen waarin het toepasselijke buitenlandse recht voorziet.

Artikel 35 onderwerpt aan één enkele wet het geheel van het ouderlijk gezag en de voogdij enerzijds en de bescherming van de onbekwame anderzijds. Het Wetboek breekt aldus gedeeltelijk met de vroegere oplossingen waarin een onderscheid werd gemaakt tussen de uitoefening van het ouderlijk gezag en de voogdij, die bij toepassing van artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek werd beheerst door de nationale wet van de onbekwame, en het nemen van beschermingsmaatregelen, onderworpen aan een territoriale factor voor zover die maatregelen werden omschreven als politiewetten. Het Wetboek wil zich aanpassen aan de regeling van het Verdrag van Den Haag van 19 oktober 1996 dat toch in overeenstemming is met de hedendaagse stromingen in het vergelijkende recht.

Door de samenvoeging in één categorie van de beschermingsmaatregelen, in de enge zin van het woord, en de bepalingen betreffende het ouderlijk gezag en de voogdij, worden moeilijke problemen voorkomen voor wat betreft de afbakening van rechtscategorieën.

Zowel minderjarigen als meerderjarigen worden beschermd. Het gaat niet alleen om beschermingsmaatregelen, maar eveneens om alle bepalingen betreffende de uitoefening van het ouderlijk gezag, de voogdij, de curatele, of gelijkaardige instellingen in het toepasselijke buitenlandse recht. De werkwijze in het Wetboek onderstelt echter dat wanneer een beschermingsmaatregel tot stand

kwam in het raam van een akkoord tussen de echtgenoten, de verplichting om zo een akkoord te treffen wordt beheerst door het recht toepasselijk op de echtscheiding (art. 56).

De regels inzake de beschermingsmaatregelen hebben vooral betrekking op het probleem van de vertegenwoordiging, alsook op dat van de vorm van de machtiging. Wanneer bv., bij de verkoop in België van een goed toebehorend aan een in het buitenland verblijvende minderjarige, de vraag rijst of tot een openbare verkoop moet worden overgegaan, wordt dit geregeld door de buitenlandse wet van de verblijfplaats. Voorziet die vreemde wet in de tussenkomst van een buitenlandse overheid, dan is het aan de Belgische wet om de bevoegde autoriteit aan te wijzen die in België de machtiging moet geven. Wanneer het onroerend goed in het buitenland is gelegen terwijl de onbekwame in België verblijft, doet de Belgische overheid, die omtrent een beschermingsmaatregel en dus de verkoopsmodaliteiten moet beslissen, er goed aan om binnen de beoordelingsvrijheid die het Belgische recht haar verleent, na te gaan of een openbare verkoop de meest geschikte oplossing is, daarbij rekening te houden met de voorwaarden die eigen zijn aan de plaatselijke markt.

HOOFDSTUK II

EUROPEES INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

840 Door het Verdrag van Amsterdam werd artikel 65 van het EG-Verdrag herschreven: op die manier is internationaal privaatrecht niet langer een intergouvernementele maar wel een communautaire materie geworden. Waar de gerechtelijke samenwerking in burgerlijke zaken (met grensoverschrijdende gevolgen) aanvankelijk tot de derde pijler behoorde conform het Unie-Verdrag van Maastricht, is deze samenwerking met het Verdrag van Amsterdam (sinds 1 mei 1999) overgeheveld naar de eerste (communautaire) pijler, dat de drie Gemeenschappen bevat (EGKS, EGA en EG). Voor zover zij steunt op artikel 65 EG-Verdrag wordt de invoering van internationaal privaatrecht (door de overheveling van de derde naar de eerste pijler) een communautaire aangelegenheid.

Zie hierover uitgebreid: M. TRAEST, *De Europese Gemeenschap en de Haagse Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, p. 47 e.v., nrs. 53 e.v.; H. VAN HOUTTE, "De gewijzigde bevoegdheid van de Europese Unie inzake internationaal privaatrecht", in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese internationaal privaatrecht: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 1 e.v., nrs. 1-1 e.v. Zie bijvoorbeeld ook: A.-M. VAN DEN BOSSCHE, "L'espace européen de justice et le (rapprochement du) droit judiciaire", in G. DE LEVAL en M. STORME (eds.), *Het Europees gerechtelijk recht en procesrecht – Le droit processuel et judiciaire européen*, Brugge, die Keure, 2003, p. 3-7, nrs. 4-13.

841 Krachtens artikel 65 EG-Verdrag omvatten de maatregelen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen en die in overeenstemming met artikel 67 EG-Verdrag (dat de stemmingswijze bepaalt) en voorzover nodig voor de goede werking van de interne markt moeten worden genomen:

- de verbetering en vereenvoudiging van (1) het systeem van grensoverschrijdende betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken; (2) de samenwerking bij het vergaren van bewijsmiddelen en (3) de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, met inbegrip van beslissingen in buitengerechtelijke zaken;
- de bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen;
- de afschaffing van hinderpalen voor de goede werking van burgerrechtelijke procedures, zo nodig door bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende bepalingen van burgerlijke rechtsvordering.

Hoewel, luidens de tekst van artikel 65 EG-Verdrag, de bevoegdheid van de Gemeenschap is beperkt tot "voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt", kennen de bedoelde materies een ruime interpretatie. Naast onderwerpen van vermogensrecht, kan artikel 65 EG-Verdrag ook materies van familierecht beogen.

Overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 5 van het EG-Verdrag, moet de Europese regelgeving er pas komen wanneer de doelstellingen ervan niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en zij derhalve beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt; de regelgeving gaat ook niet verder dan nodig is om deze doelstellingen te bereiken.

842 Op 1 maart 2001 is de EG-Verordening 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 (*P.B. L.* 160 van 30 juni 2000, p. 19), vaak aangeduid als de “Brussel II-Verordening”, in werking getreden (zij het niet voor Denemarken). De doelstelling is de eenmaking van de regels voor de internationale bevoegdheid en de vergemakkelijking van de internationale erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen.

Zie hierover uitgebreid: V. VAN DEN EECKHOUT, “Europees echtscheiden – Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG-Verordening 1347/2000 van 29 mei 2000”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese internationaal privaatrecht: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 69 e.v., nr. 4-1 e.v.

De lidstaten stellen zich ten doel een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te handhaven en te ontwikkelen waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is. Met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van een dergelijke ruimte neemt de Gemeenschap o.m. de maatregelen op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken die nodig zijn voor de goede werking van de interne markt.

Voor de goede werking van de interne markt is het nodig het vrije verkeer van beslissingen in burgerlijke zaken te verbeteren en te versnellen (art. 65 EG-Verdrag). De verschillen in sommige nationale regels inzake bevoegdheid en erkenning belemmeren immers het vrije verkeer van personen en de goede werking van de interne markt. Het is derhalve gerechtvaardigd de regels inzake jurisdictiegeschillen op het gebied van huwelijkszaken en zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid eenvormig te maken, zodat dankzij eenvoudigere formaliteiten de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen sneller en gemakkelijker verlopen.

Ter verwezenlijking van het beoogde vrije verkeer van beslissingen in huwelijkszaken en zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid binnen de Gemeenschap is het noodzakelijk en passend dat de grensoverschrijdende erkenning van de bevoegdheid en van de beslissingen inzake de ontbinding van de huwelijksband en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen door een bindend en in alle lidstaten rechtstreeks toepasselijk communautair instrument wordt geregeld.

De verordening wil voorzien in samenhangende en eenvormige maatregelen voor een zo groot mogelijk personenverkeer. Derhalve is het noodzakelijk de verordening tevens toe te passen ten aanzien van de onderdanen van derde landen die een voldoende sterke band met het grondgebied van een van de lidstaten hebben (overeenkomstig de in de verordening opgenomen bevoegdheids-criteria).

843 Het materiële toepassingsgebied is evenwel beperkt. In zijn definitieve vorm slaat de Brussel II-Verordening maar op twee soorten materies (art. 1, eerste lid): enerzijds vorderingen tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk; anderzijds vorderingen betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid. Voor deze laatste materie geldt dat vorderingen dienaangaande slechts onder strikte voorwaarden onder de Brussel II-Verordening vallen en meer bepaald enkel voor zover zij verband houden met een lopende echtelijke procedure. Met andere woorden, vorderingen omtrent ouderlijke verantwoordelijkheid komen enkel in aanmerking voor behandeling onder het systeem van de Brussel II-Verordening voor zover deze vor-

deringen als “nevenvorderingen” worden ingesteld. Bovendien kan het alleen de ouderlijke verantwoordelijkheid over gemeenschappelijke kinderen betreffen, zij het ook vóórhuwelijkse kinderen van het echtpaar en door beide echtgenoten geadopteerde kinderen. Ouderlijke verantwoordelijkheid los van de huwelijkssituatie valt buiten het toepassingsgebied van de Brussel II-Verordening.

De verordening heeft dus alleen betrekking op procedures betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk. De erkenning van beslissingen dient derhalve niet te gelden voor vraagstukken zoals de schuld van de echtgenoten, het huwelijksvermogensrecht, alimentatieverplichtingen of andere bijkomende maatregelen, ook al houden deze met de vermelde procedures verband. De verordening is van toepassing op de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen in zaken die nauw verband houden met procedures inzake echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk.

De gekozen bevoegdheidscriteria steunen op het beginsel dat er een reëel aanknopingspunt moet bestaan tussen de belanghebbende en de lidstaat die de bevoegdheid uitoefent. Het besluit om bepaalde criteria op te nemen, houdt verband met het feit dat deze in verscheidene interne rechtssystemen worden gehanteerd en door de andere lidstaten worden aanvaard.

Een van de gevaren waarmee bij de bescherming van gemeenschappelijke kinderen bij huwelijks-crisissen rekening moet worden gehouden is het gevaar dat een van de ouders het kind naar een ander land meeneemt. De fundamentele belangen van de kinderen moeten derhalve worden beschermd, in het bijzonder overeenkomstig het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 “betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen”. De geoorloofde gewone verblijfplaats wordt daarom als criterium gehandhaafd in de gevallen waarin zich, doordat het kind zonder wettige reden meegenomen is of niet teruggekeerd is, een feitelijke wijziging van de gewone verblijfplaats heeft voorgedaan.

Deze verordening belet de rechters van een lidstaat niet om in spoedeisende gevallen voorlopige of bewarende maatregelen te nemen ten aanzien van zich in die staat bevindende personen of eigendom.

Met “beslissing” worden alleen positieve uitspraken bedoeld, dat wil zeggen uitspraken die tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk hebben geleid. In de lidstaat van oorsprong verleden en uitvoerbare authentieke akten worden met deze beslissingen gelijkgesteld.

De erkenning en de tenuitvoerlegging van door de rechterlijke instanties in de lidstaten gegeven beslissingen moeten berusten op het beginsel van onderling vertrouwen. De gronden voor niet-erkenning zijn tot het strikt noodzakelijke minimum beperkt. Deze procedures voor niet-erkenning moeten bepalingen bevatten om de eerbiediging van de openbare orde in de aangezochte lidstaat en de rechten van de verdediging en van de betrokkenen, met inbegrip van de individuele rechten van elk betrokken kind, te waarborgen en te voorkomen dat onverenigbare beslissingen worden erkend.

De aangezochte lidstaat toetst noch de bevoegdheid van de lidstaat van oorsprong, noch de juistheid van de beslissing.

In een lidstaat mag geen procedure worden geëist voor de aanpassing van de akten van de burgerlijke stand op grond van een in een andere lidstaat gegeven definitieve beslissing terzake.

844 Een en ander maakt dat voogdij onder de Brussel II-Verordening niet het voorwerp uitmaakte van Europese internationaal privaatrechtelijke regelgeving. Intussen is deze verordening ingetrokken en vervangen door de EG-Verordening 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 (*PB. L.* 338 van 23 december 2003, p. 1; zie hierover: S. SAROLÉA, “Un nouveau règlement au 1^{er} mars 2005: Bruxelles IIbis”, *Div. Act.* 2004, 130-135), aan te duiden als de “Brussel IIbis-Verordening” (eens te meer niet van toepassing voor Denemarken). Deze verordening kent een ruimer materieel toepassingsgebied. Teneinde de gelijke behandeling van alle kinderen te waarborgen is deze verorde-

ning van toepassing op alle beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, inclusief maatregelen ter bescherming van het kind, los van ieder verband met een procedure in huwelijkszaken. Wat betreft het vermogen van het kind, is deze verordening uitsluitend van toepassing op de maatregelen ter bescherming van het kind, dat wil zeggen (1) op de aanwijzing en de taken van personen of lichamen belast met het beheer van het vermogen van het kind of die het kind vertegenwoordigen of bijstaan en (2) op maatregelen betreffende het beheer van, de instandhouding van of de beschikking over het vermogen van het kind. In dit verband dient deze verordening bijvoorbeeld van toepassing te zijn in gevallen waarin de ouders een geschil hebben over het beheer van het vermogen van het kind.

Maatregelen inzake het vermogen van het kind die niet de bescherming van het kind betreffen moeten ook in de toekomst geregeld blijven door de EG-Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 “betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken” (de zogeheten “EEX-Verordening”, *PB. L.* 12 van 16 januari 2001, p. 1, laatst gewijzigd bij EG-Verordening 1496/2002 van de Commissie van 21 augustus 2002, *PB. L.* 225 van 22 augustus 2002, p. 13).

De Brussel *Ibis*-Verordening is niet van toepassing op aangelegenheden zoals sociale zekerheid, publiekrechtelijke maatregelen van algemene aard inzake onderwijs en gezondheid, noch op beslissingen inzake het asielrecht en immigratie. Voorts is zij niet van toepassing op de vaststelling van familierechtelijke betrekkingen, die onderscheiden moet worden van de toekenning van ouderlijke verantwoordelijkheid, noch op de andere aangelegenheden die verband houden met de staat van personen. Zij is evenmin van toepassing op maatregelen genomen ten gevolge van door kinderen begane strafbare feiten.

Onderhoudsverplichtingen zijn van de werkingssfeer van de Brussel *Ibis*-Verordening uitgesloten, omdat zij reeds door de EEX-Verordening worden geregeld. De rechtscollages die uit hoofde van de Brussel *Ibis*-Verordening bevoegd zijn, zullen over het algemeen bevoegd zijn om uitspraak te doen inzake onderhoudsverplichtingen, krachtens artikel 5, tweede lid van de EEX-Verordening.

De in deze verordening opgenomen bevoegdheidsregels met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid zijn zodanig opgezet dat zij in het belang van het kind zijn, en met name beantwoorden aan het criterium van de nauwe verbondenheid. Dit betekent dat de bevoegdheid in de eerste plaats bij de rechtscollages van de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind moet berusten, behalve in bepaalde gevallen waarin het kind van verblijfplaats is veranderd of wanneer er een overeenkomst bestaat tussen de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen.

In het belang van het kind biedt de Brussel *Ibis*-Verordening het bevoegde rechtscollege de mogelijkheid om in uitzonderlijke gevallen en onder bepaalde voorwaarden de zaak naar het rechtscollege van een andere lidstaat te verwijzen indien dat rechtscollege beter in staat is om de zaak te behandelen. In dat geval dient het rechtscollege waarbij de zaak aldus aanhangig is gemaakt, evenwel niet te worden toegestaan de zaak naar nog een ander rechtscollege te verwijzen.

De EG-Verordening 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 “inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken” (de zogeheten “Betekening-Verordening”, *PB. L.* 160 van 30 juni 2000, p. 37) is van toepassing op de betekening en kennisgeving van stukken in overeenkomstig deze verordening ingestelde procedures.

De Brussel *Ibis*-Verordening mag er niet aan in de weg staan dat de rechtscollages van een lidstaat in spoedeisende gevallen voorlopige maatregelen of beschermingsmaatregelen nemen met betrekking tot personen of vermogensbestanddelen die zich in die staat bevinden.

In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind dient de terugkeer van het kind onverwijld te worden verkregen: te dien einde blijft het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 “betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen” van toepassing, zoals aangevuld door de bepalingen van de Brussel IIbis-Verordening (inz. art. 11). De rechtscollages van de lidstaat waarnaar het kind ongeoorloofd is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden, dienen in staat te zijn zich in welbepaalde, naar behoren gemotiveerde gevallen tegen de terugkeer van het kind te verzetten. Een dergelijke beslissing moet evenwel kunnen worden vervangen door een latere beslissing van het rechtscollege van de lidstaat waar het kind vóór de ongeoorloofde overbrenging of vóór het ongeoorloofde vasthouden zijn gewone verblijfplaats had. Brengt deze laatste beslissing de terugkeer van het kind met zich, dan dient de terugkeer plaats te vinden zonder dat een bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waar het ontvoerde kind zich bevindt.

Indien krachtens artikel 13 van het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 een beslissing houdende de niet-terugkeer is gegeven, dient het rechtscollege dit te melden aan het bevoegde rechtscollege of “de centrale autoriteit” (in de zin van de art. 6-7 van dit Verdrag) van de lidstaat waar het kind vóór zijn ongeoorloofde overbrenging of vóór het ongeoorloofde vasthouden zijn gewone verblijfplaats had. Tenzij de zaak reeds bij hem aanhangig is gemaakt, dient dit rechtscollege of de centrale autoriteit een oproep te richten aan de partijen. Deze verplichting dient voor de centrale autoriteit van de lidstaat geen beletsel te vormen om ook een oproep te richten aan de betrokken overheidsinstanties, zulks in overeenstemming met het nationale recht.

Het horen van het kind speelt een belangrijke rol in de toepassing van onderhavige verordening, zonder dat deze echter de strekking heeft de terzake geldende nationale procedures te wijzigen. Het horen van het kind in een andere lidstaat kan worden verricht in overeenstemming met de voorschriften van de EG-Verordening 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 “betreffende de samenwerking tussen de rechtscollages van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken” (*P.B. L.* 174 van 27 juni 2001, p. 1).

De erkenning en de tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissingen dienen gebaseerd te zijn op het beginsel van wederzijds vertrouwen. De gronden tot weigering van de erkenning dienen tot het noodzakelijke minimum beperkt te blijven (art. 21-23). Zo wordt de bevoegdheid van het rechtscollege van de lidstaat van herkomst niet getoetst (art. 24). Evenmin wordt de juistheid van de beslissing onderzocht (art. 26).

Authentieke akten en schikkingen tussen partijen, die in een lidstaat uitvoerbaar zijn, dienen voor de toepassing van de regels inzake de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging te worden gelijkgesteld met “beslissingen”.

Het streefdoel is om beslissingen in familierechtelijke procedures automatisch in de gehele Unie te doen erkennen, zonder enige intermediaire procedure of gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging.

Daarom dienen beslissingen betreffende het omgangsrecht en beslissingen betreffende de terugkeer van een kind, die in de lidstaat van herkomst overeenkomstig de bepalingen van deze verordening zijn gecertificeerd, in alle andere lidstaten te worden erkend en zijn ze er uitvoerbaar zonder dat daartoe een andere procedure vereist is (art. 28-36). De bepalingen in verband met de tenuitvoerlegging van deze beslissingen blijven onder het nationale recht vallen.

Tegen het certificaat dat met het oog op een vereenvoudigde tenuitvoerlegging van de beslissing wordt afgegeven (art. 39), staat in de regel geen rechtsmiddel open (art. 43, *sub* 2°). Uitsluitend in geval van een materiële fout, dit wil zeggen wanneer het certificaat de inhoud van de beslissing niet correct weergeeft, kan het aanleiding geven tot een rectificatieprocedure (art. 43, *sub* 1°).

De centrale autoriteiten dienen zowel algemeen als in specifieke gevallen met elkaar samen te werken, onder meer ter bevordering van de minnelijke schikking van gezinsconflicten betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid (art. 53-58). Te dien einde moeten de centrale autoriteiten gebruik maken van hun deelneming aan het Europese justitiële netwerk in burgerlijke en handelszaken, in het leven geroepen bij EG-Beschikking 470/2001 van de Raad van 28 mei 2001 “betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken” (*P.B.*

L. 174 van 27 juni 2001, p. 25). De Commissie dient de door de lidstaten toegezonden lijsten van verzake bevoegde rechterlijke instanties en van hogere voorzieningen openbaar te maken en bij te houden.

De voor de uitvoering van deze Verordening vereiste maatregelen dienen te worden vastgesteld overeenkomstig EG-Besluit 468/1999 van de Raad van 28 juni 1999 "tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden" (PB. L. 184 van 17 juli 1999, p. 23).

845 De Brussel IIbis-Verordening is, ongeacht de aard van het rechtscollege, van toepassing op burgerlijke zaken betreffende (1) echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk en (2) de toekenning, de uitoefening, de overdracht, de beperking of de beëindiging van de ouderlijke verantwoordelijkheid (art. 1). Het gaat meer bepaald om (1) het gezagsrecht en het omgangsrecht, (2) voogdij, curatele en gelijkaardige rechtsfiguren, (3) de aanwijzing en de taken van enige persoon of enig lichaam, belast met de zorg voor de persoon of het beheer van het vermogen van het kind, of die het kind vertegenwoordigt of bijstaat, (4) de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting en (5) maatregelen ter bescherming van het kind die verband houden met het beheer of de instandhouding van dan wel de beschikking over het vermogen van het kind.

Deze verordening is niet van toepassing op (1) de vaststelling en de ontkenning van familierechtelijke betrekkingen, (2) beslissingen inzake adoptie, voorbereidende maatregelen voor adoptie, alsmede de nietigverklaring en de herroeping van de adoptie, (3) de geslachtsnaam en de voornamen van het kind, (4) de handlichting, (5) onderhoudsverplichtingen, (6) trusts en erfopvolging en (7) maatregelen genomen ten gevolge van door kinderen begane strafbare feiten (art. 3).

846 Inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid zijn internationaal bevoegd de rechtscolleges van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het rechtscollege aanhangig wordt gemaakt (art. 8). Anders dan onder de Brussel II-Verordening wordt het concept "ouderlijke verantwoordelijkheid" thans gedefinieerd (art. 2): het gaat om alle rechten en verplichtingen die ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst aan een natuurlijke persoon of aan een rechtspersoon zijn toegekend met betrekking tot de persoon of het vermogen van een kind. De term omvat onder meer het gezagsrecht en het omgangsrecht. Met "gezagsrecht" wordt bedoeld: de rechten en verplichtingen die betrekking hebben op de zorg voor de persoon van een kind, in het bijzonder het recht de verblijfplaats van het kind te bepalen. Omgangsrecht omvat in het bijzonder het recht om een kind voor een beperkte tijd mee te nemen naar een andere plaats dan zijn gewone verblijfplaats. Een "persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt" is elke persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind draagt.

Wanneer een kind legaal van een lidstaat naar een andere lidstaat verhuist en aldaar een nieuwe gewone verblijfplaats verkrijgt, behouden de rechtscolleges van de vorige gewone verblijfplaats van het kind (in afwijking van het voormelde art. 8) gedurende een termijn van drie maanden te rekenen vanaf de verhuizing, hun bevoegdheid tot wijziging van een in die lidstaat vóór de

verhuizing van het kind gegeven beslissing betreffende het omgangsrecht indien de persoon die ingevolge die beslissing het omgangsrecht heeft zijn gewone verblijfplaats behoudt in de lidstaat van de vorige gewone verblijfplaats van het kind (art. 9, *sub* 1°). Dit geldt niet indien de in lid 1 bedoelde persoon die het omgangsrecht heeft, de bevoegdheid van de rechtscolleges van de lidstaat van de nieuwe gewone verblijfplaats van het kind heeft aanvaard door aan een procedure voor die rechtscolleges deel te nemen zonder de bevoegdheid ervan aan te vechten.

847 Artikel 10 preciseert de internationale bevoegdheid in gevallen van kinderontvoering. In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind blijven de rechtscolleges van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, bevoegd. Deze bevoegdheid speelt totdat het kind in een andere lidstaat een gewone verblijfplaats heeft verkregen en (1) enige persoon, instelling of ander lichaam die gezagsrecht bezit, in de overbrenging of het niet doen terugkeren heeft berust of (2) het kind gedurende ten minste een jaar nadat de persoon, de instelling of het lichaam met gezagsrecht kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de verblijfplaats van het kind, in die andere lidstaat heeft verbleven en in zijn nieuwe omgeving geworteld is. Deze laatste situatie onderstelt bijkomend dat aan één van de volgende voorwaarden is voldaan: (1) er is bij de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waarheen het kind is overgebracht of waar het wordt vastgehouden, geen verzoek tot terugkeer ingediend binnen een jaar nadat de persoon die gezagsrecht bezit, kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de verblijfplaats van het kind, (2) een door de persoon met gezagsrecht ingediend verzoek tot terugkeer is ingetrokken en binnen voormelde termijn is geen nieuw verzoek ingediend, (3) een voor een rechtscollege in de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, dienende zaak is overeenkomstig artikel 11, zevende lid gesloten verklaard of (4) een gezagsbeslissing die niet de terugkeer van het kind met zich brengt, is uitgesproken door de rechtscolleges van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had.

Wanneer een persoon, instelling of ander lichaam met gezagsrecht bij de bevoegde autoriteiten van een lidstaat een verzoek indient om op grond van het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 “betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen” een beslissing te nemen ten einde de terugkeer te verkrijgen van een kind dat ongeoorloofd is overgebracht of vastgehouden in een andere lidstaat dan de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, geldt het hierna volgende (art. 11).

Bij de toepassing van de artikelen 12 en 13 van het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 wordt ervoor gezorgd dat het kind tijdens de procedure in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord, tenzij dit gezien zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam wordt geacht (art. 11, *sub* 2°).

Het rechtscollege waarbij een verzoek om terugkeer van het kind is ingediend, beschikt met bekwame spoed, met gebruikmaking van de snelste procedures die in het nationale recht beschikbaar zijn. Hoe dan ook beslist het rechtscollege uiterlijk zes weken nadat het verzoek aanhangig is gemaakt, tenzij dit als gevolg van uitzonderlijke omstandigheden onmogelijk blijkt (art. 11, *sub* 3°).

Een rechtscollege kan de terugkeer van een kind niet op grond van artikel 13 (*sub* b) van het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 weigeren, wanneer vaststaat dat er adequate voorzieningen zijn getroffen om de bescherming van het kind na de terugkeer te verzekeren (art. 11 *sub* 4°).

Een rechtscollege kan de terugkeer van een kind niet weigeren indien de persoon die om de terugkeer van het kind verzoekt niet in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord (art. 11, *sub* 5°).

Indien een rechtscollege op grond van artikel 13 van het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 een beslissing houdende de niet-terugkeer heeft gegeven, zendt het onmiddellijk, rechtstreeks

dan wel door tussenkomst van zijn centrale autoriteit, een afschrift van het bevel en van de desbetreffende stukken, met name het zittingsverslag toe aan het bevoegde rechtscollege of de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, zulks in overeenstemming met het nationale recht. Dit rechtscollege dient alle bedoelde stukken te ontvangen binnen een maand te rekenen vanaf de datum waarop de beslissing houdende de niet-terugkeer is gegeven (art. 11, *sub* 6°).

Tenzij één van de partijen zich reeds heeft gewend tot de rechtscolleges van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, stelt het rechtscollege of de centrale autoriteit die de in artikel 11, *sub* 6° bedoelde informatie ontvangt, de partijen daarvan op de hoogte en nodigt hen uit binnen drie maanden na de oproeping overeenkomstig het nationale recht conclusies in te dienen, opdat de rechterlijke instantie de kwestie van het gezagsrecht kan onderzoeken. Onverminderd de bevoegdheidsregels van de Brussel *Ibis*-Verordening verklaart het rechtscollege de zaak gesloten indien het binnen die termijn geen conclusie heeft ontvangen (art. 11, *sub* 7°).

Niettegenstaande een beslissing houdende de niet-terugkeer op grond van het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980, is een latere beslissing die de terugkeer van het kind met zich brengt, gegeven door een rechtscollege dat krachtens deze verordening bevoegd is uitvoerbaar, zulks ten einde de terugkeer van het kind te verzekeren (art. 11, *sub* 8°).

848 Artikel 12 bepaalt de prorogatie van rechtsmacht van de rechtscolleges van een lidstaat die (op grond van de art. 3 tot 7) bevoegd zijn inzake echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk. In de uitoefening van deze bevoegdheid zijn zij ook bevoegd voor elke met dit verzoek samenhangende kwestie inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid. De rechtscolleges van een lidstaat zijn ook in andere procedures bevoegd inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind, indien (1) het kind een nauwe band met die lidstaat heeft, met name omdat een van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, zijn gewone verblijfplaats in die lidstaat heeft of omdat het kind onderdaan van die lidstaat is en (2) hun bevoegdheid op het tijdstip waarop de zaak bij het rechtscollege aanhangig is gemaakt, uitdrukkelijk dan wel op enige andere ondubbelzinnige wijze is aanvaard door alle partijen bij de procedure en door het belang van het kind wordt gerechtvaardigd (art. 12, *sub* 3°). Indien het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een derde staat die geen verdragsluitende partij is bij het Verdrag van Den Haag van 19 oktober 1996 “inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen van kindbescherming”, wordt de op artikel 12 gebaseerde bevoegdheid geacht met name in het belang van het kind te zijn indien een procedure in de betrokken derde staat onmogelijk blijkt te zijn.

Wanneer de gewone verblijfplaats van een kind niet kan worden vastgesteld en de bevoegdheid niet kan worden bepaald op grond van artikel 12, zijn de rechtscolleges van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zich bevindt, bevoegd (art. 13, *sub* 1°). Dit geldt ook voor vluchtelingenkinderen en kinderen die ten gevolge van onlusten die in hun land plaatsvinden, naar een ander land zijn overgebracht (art. 13, *sub* 2°).

849 Artikel 14 bepaalt tenslotte een residuele bevoegdheid: indien van geen enkele lidstaat een rechtscollege op grond van de artikelen 8 tot en met 13 bevoegd is, wordt de bevoegdheid in elke lidstaat beheerst door de wetgeving van die lidstaat.

850 Artikel 15 preciseert hoe de rechtscolleges van een lidstaat die bevoegd zijn om ten gronde over een zaak te beslissen, bij wijze van uitzondering en indien naar hun inzicht een rechtscollege van een andere lidstaat waarmee het kind een bijzondere band heeft beter in staat is de zaak of een specifiek onderdeel daarvan te behandelen, in het belang van het kind de zaak kunnen verwijzen naar een rechtscollege dat beter in staat is de zaak te behandelen.

851 Het rechtscollege van een lidstaat waarbij een zaak aanhangig is gemaakt waarvoor overeenkomstig de Brussel *Ibis*-Verordening niet dit rechtscollege maar een rechtscollege van een andere lidstaat bevoegd is, verklaart zich ambtshalve onbevoegd (art. 17).

852 In spoedeisende gevallen vormt deze verordening voor de rechtscolleges van een lidstaat geen beletsel om met betrekking tot personen of goederen die zich in die staat bevinden, voorlopige en bewarende maatregelen te nemen waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet, zelfs indien krachtens de Brussel *Ibis*-Verordening een rechtscollege van een andere lidstaat bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen (art. 20, *sub* 1°). De aldus genomen maatregelen houden op van toepassing te zijn, wanneer het rechtscollege van de lidstaat dat krachtens deze verordening bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen, de maatregelen heeft genomen die hij passend acht (art. 20, *sub* 2°).

853 De Brussel *Ibis*-Verordening treedt tussen de lidstaten in de plaats van de op het tijdstip van de inwerkingtreding ervan (op 1 augustus 2004) bestaande overeenkomsten tussen twee of meer lidstaten, die betrekking hebben op onderwerpen welke in deze verordening zijn geregeld (art. 59, *sub* 1°).

Verder heeft de Brussel *Ibis*-Verordening, in de betrekkingen tussen de lidstaten, voorrang boven de volgende verdragen, voorzover zij betrekking hebben op onderwerpen die in deze verordening zijn geregeld: (1) het Verdrag van Den Haag van 5 oktober 1961 “betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen”, (2) het Verdrag van Luxemburg van 8 september 1967 “betreffende de erkenning van beslissingen betreffende de huwelijksband”, (3) het Verdrag van Den Haag van 1 juni 1970 “betreffende de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed”, (4) het Europees Verdrag van 20 mei 1980 “betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen” en (5) het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 “betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen” (art. 60).

Specifiek in de verhouding tot het Verdrag van Den Haag van 19 oktober 1996 “inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en dwanguitvoering en samenwerking betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen van kindbescherming” is de Brussel *Ibis*-Verordening van toepassing (1) indien het betrokken kind zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft en (2) indien het de erkenning en de tenuitvoerlegging betreft van een beslissing die door het bevoegde rechtscollege van een lidstaat is gegeven op het grondgebied van een andere lidstaat, ook indien het betrokken kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een derde staat die geen partij is bij genoemd verdrag (art. 61).

Voormelde overeenkomsten en verdragen behouden hun gelding op de terreinen die niet door de Brussel *Ibis*-Verordening worden geregeld (art. 62, *sub* 1°).

HOOFDSTUK III

VERDRAG VAN DEN HAAG VAN 19 OKTOBER 1996 “INZAKE DE BEVOEGDHEID, HET TOEPASSELIJKE RECHT, DE ERKENNING EN DWANGUITVOERING EN SAMENWERKING BETREFFENDE DE OUDERLIJKE VERANTWOORDELIJKHEID EN MAATREGELEN VAN KINDERBESCHERMING”

854 Dit Verdrag regelt de toekenning, de uitoefening en de intrekking van het ouderlijk gezag, alsook de delegatie daarvan. Tevens worden geregeld: het recht op persoonlijk contact, het verblijfsrecht, de voogdij en de curatele, de toekenning van bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheden aan instellingen, de plaatsing in pleeggezinnen, onder meer in geval van *kafala*, de zorg voor de persoon en het beheer van de goederen, of ook de maatregelen tot ontzetting uit het ouderlijk gezag. De tekst van het onderhavige Verdrag is opgesteld tijdens de van 30 september tot en met 19 oktober 1996 te Den Haag gehouden achttiende zitting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Het Verdrag strekt tot vervanging van onder meer het Verdrag van 12 juni 1902 “tot regeling der voogdij van minderjarigen” en van het Verdrag van 5 oktober 1961 “betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen”, onverminderd de erkenning van maatregelen genomen conform dit laatste Verdrag (art. 51). Dit Verdrag doet geen afbreuk aan de toepassing van het Verdrag van 25 oktober 1980 “betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen” in de betrekkingen tussen de staten die partij zijn bij beide Verdragen (art. 50). De mogelijkheid om op bepalingen van het Verdrag van 25 oktober 1980 een beroep te doen ten einde de terugkeer te bewerkstelligen van een kind dat ongeoorloofd is overgebracht of wordt vastgehouden of ten einde het omgangsrecht te regelen, blijft hoe dan ook onverlet. Het Verdrag van 19 oktober 1996 laat onverlet de internationale regelingen waarbij de verdragsluitende staten partij zijn en die bepalingen bevatten over in dit Verdrag geregelde onderwerpen, tenzij een andersluidende verklaring wordt afgelegd door de staten die partij zijn bij dergelijke regelingen (art. 52, *sub 1°*). Het Verdrag laat ook onverlet de mogelijkheid dat een of meer verdragsluitende staten overeenkomsten sluiten die ten aanzien van kinderen die hun gewone verblijfplaats hebben in een van de staten die partij zijn bij dergelijke overeenkomsten bepalingen bevatten over bij dit Verdrag geregelde onderwerpen (art. 52, *sub 2°*). Overeenkomsten die door een of meer verdragsluitende partijen worden gesloten over onderwerpen die door dit Verdrag worden geregeld, doen in de betrekkingen van deze staten met andere verdragsluitende staten geen afbreuk aan de toepassing van de bepalingen van dit Verdrag (art. 52, *sub 3°*). Het voorgaande is eveneens van toepassing op eenvormige wetten die hun grondslag vinden in het bestaan van speciale banden van regionale of andere aard tussen de desbetreffende staten (art. 52, *sub 4°*).

Hoewel het Verdrag van 19 oktober 1996 nog niet in werking is getreden in België, evenmin als in de andere landen van de Europese Unie, lijkt het aangewezen om er hierna kort de essentie van weer te geven. Waar de bedoelde materie thans een communautaire aangelegenheid is geworden (art. 65 EG-Verdrag) doch het Verdrag niet voorziet in de mogelijkheid voor de Europese Gemeenschap om het als dusdanig te onderschrijven, hebben de lidstaten het op 1 april 2003 *en bloc* ondertekend. Dit gebeurde overeenkomstig de EG-Beschikking (93/2003 van de Raad) van 19 december 2002 (*P.B. L.* 48 van 21 februari 2003, p. 1), waarbij de lidstaten worden gemachtigd in het belang van de Gemeenschap het bedoelde Verdrag te ondertekenen. De bekrachtiging moet evenwel nog volgen.

855 De doelstelling van het Verdrag van 19 oktober 1996 is conflicten te vermijden tussen hun rechtsstelsels ten aanzien van de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bescherming van kinderen. Dienaangaande vraagt het Verdrag van 5 oktober 1961 “betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen” duidelijk herziening, onder meer rekening houdend met het Verdrag van de Verenigde Naties “inzake de rechten van het kind” van 20 november 1989.

Meer concreet heeft dit Verdrag tot doel (1) de staat aan te wijzen wiens autoriteiten bevoegd zijn maatregelen te nemen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind, (2) het recht aan te wijzen dat door die autoriteiten in de uitoefening van hun bevoegdheid dient te worden toegepast, (3) het op de ouderlijke verantwoordelijkheid toepasselijke recht te bepalen, (4) de erkenning en de tenuitvoerlegging van de bedoelde beschermingsmaatregelen in alle verdragsluitende staten te verzekeren en (5) tussen de autoriteiten van de verdragsluitende staten een zodanige samenwerking tot stand te brengen als noodzakelijk is voor het verwezenlijken van de doelstellingen van dit Verdrag (art. 1, *sub 1°*). Voor de toepassing van dit Verdrag omvat de term "ouderlijke verantwoordelijkheid" het ouderlijk gezag of iedere gelijkaardige gezagsverhouding waarin de rechten, de bevoegdheden en de verantwoordelijkheden van ouders, voogden of andere wettelijke vertegenwoordigers ten opzichte van de persoon of het vermogen van het kind besloten liggen (art. 1, *sub 2°*).

856 Het Verdrag is van toepassing op kinderen vanaf het tijdstip van hun geboorte totdat zij de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt (art. 2).

De (in art. 1 bedoelde) maatregelen kunnen betrekking hebben op (1) de toekenning, de uitoefening, de beëindiging of de beperking van ouderlijke verantwoordelijkheid, alsmede de overdracht ervan, (2) gezagsrechten, met inbegrip van rechten betreffende de zorg voor de persoon van het kind, en in het bijzonder het recht om zijn verblijfplaats te bepalen, alsmede het omgangsrecht met inbegrip van het recht het kind voor een beperkte tijdsduur mee te nemen naar een andere plaats dan zijn gewone verblijfplaats, (3) voogdij, curatele en gelijkaardige rechtsfiguren, (4) de aanwijzing en de taken van enige persoon of lichaam, belast met de zorg voor de persoon of het vermogen van het kind, of die het kind vertegenwoordigt of bijstaat, (5) de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting of de verstrekking van zorg aan het kind door middel van *kafala* of een gelijkaardige rechtsfiguur, (6) het overheidstoezicht door een overheidslichaam op de verzorging van een kind door een persoon die met de zorg voor dat kind belast is en (7) het beheer, de instandhouding of de beschikking over het vermogen van het kind (art. 3). Het Verdrag is niet van toepassing op (1) de vaststelling of de ontkenning van familierechtelijke betrekkingen, (2) beslissingen inzake adoptie, voorbereidende maatregelen voor adoptie of de nietigverklaring of herroeping van adoptie, (3) de familienaam en de voornamen van het kind, (4) handlichting, (5) onderhoudsverplichtingen, (6) trusts en erfopvolging, (7) sociale zekerheid, (8) overheidsmaatregelen van algemene aard op het gebied van onderwijs of gezondheidszorg, (9) maatregelen genomen op grond van strafbare feiten begaan door kinderen en (10) beslissingen inzake het recht op asiel en inzake toelating tot het grondgebied (art. 4).

857 Krachtens artikel 5 zijn de rechterlijke en administratieve autoriteiten van de verdragsluitende staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, bevoegd maatregelen te nemen die strekken tot de bescherming van zijn persoon of vermogen (eerste lid). Onverminderd het bepaalde in artikel 7, zijn in geval van verplaatsing van de gewone verblijfplaats van het kind naar een andere verdragsluitende staat de autoriteiten van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats bevoegd (tweede lid).

Ten aanzien van vluchtelingenkinderen en kinderen die ten gevolge van onlusten die in hun land plaatsvinden naar een ander land zijn verplaatst, hebben de autoriteiten van de verdragsluitende staat op wiens grondgebied deze kinderen ten gevolge van hun verplaatsing aanwezig zijn, de bevoegdheid bedoeld in het eerste lid van artikel 5 (art. 6, *sub 1°*). Hetzelfde geldt voor kinderen wier gewone verblijfplaats niet kan worden vastgesteld (art. 6, *sub 2°*).

In geval van ongeoorloofd overbrengen of niet doen terugkeren van het kind blijven de autoriteiten van de verdragsluitende staat waarin het kind onmiddellijk voor de overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, bevoegd totdat het kind een gewone verblijfplaats heeft verworven in een andere staat en (1) enige persoon, instelling of ander lichaam dat gezagsrechten heeft, in de overbrenging of het niet doen terugkeren heeft berust of (2) het kind in die andere staat zijn verblijfplaats heeft gehad, gedurende een periode van ten minste een jaar nadat de persoon, de instelling of het andere lichaam dat gezagsrechten heeft, kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de verblijfplaats van het kind, geen verzoek tot terugkeer,

dat binnen die periode is ingediend, nog in behandeling is, en het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld (art. 7, *sub* 1°). Het overbrengen of het niet doen terugkeren van een kind wordt als ongeoorloofd beschouwd, wanneer (1) dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht dat is toegekend aan een persoon, een instelling of enig ander lichaam, alleen of gezamenlijk, ingevolge het recht van de staat waar het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had en (2) dit recht alleen of gezamenlijk daadwerkelijk werd uitgeoefend op het tijdstip van de overbrenging of het niet doen terugkeren, dan wel zou zijn uitgeoefend indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden (art. 7, *sub* 2°). Zolang de in het eerste lid bedoelde autoriteiten hun bevoegdheid behouden, kunnen de autoriteiten van de verdragsluitende staat waarheen het kind is overgebracht of waar het wordt vastgehouden slechts ingevolge artikel 11 spoedeisende maatregelen nemen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind (art. 7, *sub* 3°).

Bij wijze van uitzondering kan de autoriteit van een verdragsluitende staat (die ingevolge de art. 5 of 6 bevoegd is), indien zij van oordeel is dat de autoriteit van een andere verdragsluitende staat in een bepaald geval beter in staat is het belang van het kind te beoordelen (1) hetzij die andere autoriteit, rechtstreeks of door tussenkomst van de centrale autoriteit van die staat, verzoeken de bevoegdheid te aanvaarden om de door haar noodzakelijk geachte beschermingsmaatregelen te nemen, (2) hetzij de zaak aanhouden en de partijen uitnodigen een daartoe strekkend verzoek te richten aan de autoriteit van die andere staat (art. 8, *sub* 1°). De verdragsluitende staten wier autoriteiten aldus kunnen worden aangezocht, zijn (1) een staat waarvan het kind de nationaliteit bezit, (2) een staat waar vermogen van het kind is gelegen, (3) een staat bij wiens autoriteiten een verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed van de ouders van het kind of tot nietigverklaring van hun huwelijk aanhangig is of (4) een staat waarmee het kind een nauwe band heeft (art. 8, *sub* 2°). De betrokken autoriteiten kunnen met elkaar in overleg treden (art. 8, *sub* 3°). De autoriteit die op voormelde wijze is benaderd, kan de bevoegdheid aanvaarden in de plaats van de ingevolge de artikelen 5 of 6 bevoegde autoriteit, indien zij zulks in het belang van het kind acht (art. 8, *sub* 4°).

Indien de autoriteiten van een verdragsluitende staat (als bedoeld in art. 8, *sub* 2°) oordelen dat zij in een bepaald geval beter in staat zijn het belang van het kind te beoordelen, kunnen zij (1) hetzij de bevoegde autoriteit van de verdragsluitende staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, rechtstreeks of door tussenkomst van de centrale autoriteit van die staat, verzoeken hen te machtigen de bevoegdheid uit te oefenen om door hen noodzakelijk geachte beschermingsmaatregelen te nemen, (2) hetzij de partijen uitnodigen een daartoe strekkend verzoek te richten aan de autoriteiten van de verdragsluitende staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft (art. 9, *sub* 1°). De betrokken autoriteiten kunnen met elkaar in overleg treden (art. 9, *sub* 2°). De autoriteit van wie het verzoek uitgaat kan, in de plaats van de autoriteit van de verdragsluitende staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, de bevoegdheid slechts uitoefenen indien deze laatste het verzoek heeft ingewilligd (art. 9, *sub* 3°).

Onverminderd de artikelen 5 tot en met 9, kunnen de autoriteiten van een verdragsluitende staat, in de uitoefening van hun bevoegdheid om te beslissen over een verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed van de ouders van een kind dat zijn gewone verblijfplaats heeft in een andere verdragsluitende staat, of tot nietigverklaring van hun huwelijk, maatregelen nemen ter bescherming van de persoon of het vermogen van dat kind indien het recht van hun staat daarin voorziet en indien (1) op het tijdstip van de aanvang van de procedure een van de ouders zijn of haar gewone verblijfplaats heeft in die staat en een van hen de ouderlijke verantwoordelijkheid over het kind heeft en (2) de bevoegdheid van deze autoriteiten om dergelijke maatregelen te nemen, is aanvaard zowel door de ouders als door enige andere persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van het kind en het belang van het kind daarmee is gediend (art. 10, *sub* 1°). Deze bevoegdheid om maatregelen te nemen ter bescherming van het kind eindigt zodra de beslissing betreffende de inwilliging of de afwijzing van het verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of de nietigverklaring van het huwelijk definitief is geworden, of de procedure om een andere reden een einde heeft genomen (art. 10, *sub* 2°).

Krachtens artikel 11 zijn, in alle spoedeisende gevallen, de autoriteiten van iedere verdragsluitende staat op wiens grondgebied het kind of vermogen van het kind zich bevindt, bevoegd om alle noodzakelijke beschermingsmaatregelen te nemen. Maatregelen die aldus zijn genomen ten aan-

zien van een kind dat zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsluitende staat, houden op van kracht te zijn zodra de krachtens de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteiten de door de omstandigheden vereiste maatregelen hebben genomen. Maatregelen die aldus zijn genomen ten aanzien van een kind dat zijn gewone verblijfplaats heeft in een niet-verdragsluitende staat, houden op van kracht te zijn in elke verdragsluitende staat zodra de door de omstandigheden vereiste maatregelen, welke zijn genomen door de autoriteiten van een andere staat, in de betrokken verdragsluitende staat worden erkend.

Onverminderd het bepaalde in artikel 7 zijn de autoriteiten van een verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan het kind of vermogen van het kind zich bevindt, bevoegd om ter bescherming van diens persoon of vermogen voorlopige maatregelen te nemen waarvan de territoriale werking beperkt is tot de betrokken staat, voor zover dergelijke maatregelen niet onverenigbaar zijn met maatregelen die reeds door de ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteiten zijn genomen (art. 12, *sub 1°*). De aldus genomen maatregelen ten aanzien van een kind dat zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsluitende staat, houden op van kracht te zijn zodra de ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteiten de door de omstandigheden vereiste beschermingsmaatregelen hebben genomen (art. 12, *sub 2°*). De aldus genomen maatregelen ten aanzien van een kind dat zijn gewone verblijfplaats heeft in een niet-verdragsluitende staat, houden op van kracht te zijn in de verdragsluitende staat waar de maatregelen zijn genomen, zodra door de omstandigheden vereiste maatregelen welke zijn genomen door de autoriteiten van een andere staat, in de betrokken verdragsluitende staat worden erkend (art. 12, *sub 3°*).

De autoriteiten van een verdragsluitende staat die ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegd zijn maatregelen te nemen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind dienen zich te onthouden van het uitoefenen van deze bevoegdheid indien, op het tijdstip van de aanvang van de procedure, om overeenkomstige maatregelen is verzocht aan de ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 op het tijdstip van het verzoek bevoegde autoriteiten van een andere verdragsluitende staat en deze nog in beraad zijn (art. 13, *sub 1°*). Dit geldt niet indien de autoriteiten aan wie het verzoek om maatregelen aanvankelijk is voorgelegd, van hun bevoegdheid hebben afgezien (art. 13, *sub 2°*).

De maatregelen die met toepassing van de artikelen 5 tot en met 10 zijn genomen, blijven van kracht overeenkomstig het daarin bepaalde, ook indien een verandering in de omstandigheden de grond waarop de bevoegdheid was gebaseerd, heeft weggenomen, zolang de krachtens het Verdrag bevoegde autoriteiten deze maatregelen niet hebben gewijzigd, vervangen of beëindigd.

858 De autoriteiten van de verdragsluitende staten oefenen de bevoegdheid die hun ingevolge het voorgaande is toegekend uit onder toepassing van hun interne recht (art. 15, *sub 1°*). Zij kunnen echter, voor zover de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind dit vereist, bij wijze van uitzondering het recht van een andere staat waarmee de omstandigheden nauw verband houden, toepassen of daarmee rekening houden (art. 15, *sub 2°*). Indien de gewone verblijfplaats van het kind wordt verplaatst naar een andere verdragsluitende staat, beheerst het recht van die andere staat vanaf het moment van de verplaatsing de wijze van uitvoering van de in de staat van de vorige gewone verblijfplaats genomen maatregelen (art. 15, *sub 3°*).

Het van rechtswege ontstaan of tenietgaan van ouderlijke verantwoordelijkheid, zonder tussenkomst van een rechterlijke of administratieve autoriteit, wordt beheerst door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind (art. 16, *sub 1°*). Het ontstaan of tenietgaan van ouderlijke verantwoordelijkheid door een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling, zonder tussenkomst van een rechterlijke of administratieve autoriteit, wordt beheerst door het recht van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het moment waarop de overeenkomst of de eenzijdige rechtshandeling van kracht wordt (art. 16, *sub 2°*). De op grond van het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind bestaande ouderlijke verantwoordelijkheid blijft bestaan na de verplaatsing van die gewone verblijfplaats naar een andere staat (art. 16, *sub 3°*). Indien de gewone verblijfplaats van het kind wordt verplaatst, wordt het van rechtswege ontstaan van ouderlijke verantwoordelijkheid van een persoon die deze verantwoordelijkheid niet reeds heeft, beheerst door het recht van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats (art. 16, *sub 4°*).

De uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt beheerst door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind. Indien de gewone verblijfplaats van het kind wordt verplaatst, wordt de uitoefening beheerst door het recht van de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats (art. 17). Deze ouderlijke verantwoordelijkheid kan worden beëindigd of de voorwaarden voor de uitoefening ervan gewijzigd, door ingevolge het onderhavige Verdrag te nemen maatregelen (art. 18).

De geldigheid van een rechtshandeling, tot stand gekomen tussen een derde en een andere persoon die op grond van het recht van de staat waar de rechtshandeling tot stand is gekomen bevoegd zou zijn als wettelijke vertegenwoordiger van het kind op te treden, kan niet worden aangetast en de derde kan niet aansprakelijk worden gesteld op de enkele grond dat krachtens het overeenkomstig de artikelen 15-22 aangewezen recht de ander niet bevoegd was als wettelijke vertegenwoordiger van het kind op te treden, tenzij de derde wist of had moeten weten dat de ouderlijke verantwoordelijkheid door dit recht werd beheerst (art. 19, *sub* 1°). Dit geldt alleen indien de rechtshandeling tot stand is gekomen tussen personen die zich op het grondgebied van eenzelfde staat bevinden (art. 19, *sub* 2°).

Het voormelde geldt ook indien het daardoor aangewezen recht het recht is van een staat die niet een verdragsluitende staat is (art. 20).

Onder "recht" wordt verstaan het in een staat geldende recht, met uitsluiting van regels van conflictenrecht van die staat (art. 21, *sub* 1°). Indien echter het volgens artikel 16 toepasselijke recht het recht is van een niet-verdragsluitende staat en indien de conflictenregels van die staat het recht aanwijzen van een andere niet-verdragsluitende staat die zijn eigen recht zou toepassen, is het recht van laatstgenoemde staat van toepassing. Indien die andere niet-verdragsluitende staat zijn eigen recht niet toepast, is het door artikel 16 aangewezen recht van toepassing (art. 21, *sub* 2°).

De toepassing van het aldus aangewezen recht kan slechts worden geweigerd indien deze toepassing, gelet op het belang van het kind, kennelijk in strijd zou zijn met de openbare orde (art. 22).

859 Krachtens artikel 23 worden de door de autoriteiten van een verdragsluitende staat genomen maatregelen van rechtswege erkend in alle andere verdragsluitende staten. De erkenning kan evenwel worden geweigerd (1) indien de maatregel is genomen door een autoriteit wiens bevoegdheid niet was gebaseerd op een van de in de artikelen 5 tot 14 aangegeven gronden, (2) indien de maatregel, behoudens een spoedeisend geval, is genomen in het raam van een rechterlijke of administratieve procedure zonder dat het kind in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord en met schending van fundamentele beginselen van procesrecht van de aangezochte staat, (3) op verzoek van enige persoon die beweert dat de maatregel afbreuk doet aan zijn of haar ouderlijke verantwoordelijkheid, indien deze maatregel, behoudens in een spoedeisend geval, is genomen zonder dat deze persoon in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, (4) indien de erkenning, gelet op het belang van het kind, kennelijk in strijd is met de openbare orde van de aangezochte staat, (5) indien de maatregel onverenigbaar is met een maatregel die naderhand is genomen in de niet-verdragsluitende staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft en deze latere maatregel voldoet aan de vereisten voor erkenning in de aangezochte staat of (6) indien de in artikel 33 bedoelde procedure niet in acht is genomen.

Onverminderd het bepaalde in artikel 23, kan iedere belanghebbende persoon de bevoegde autoriteiten van een verdragsluitende staat verzoeken een beslissing te nemen over de erkenning of de niet-erkenning van een in een andere verdragsluitende staat genomen maatregel. De procedure wordt beheerst door het recht van de aangezochte staat (art. 24).

De autoriteit van de aangezochte staat is gebonden door de vaststelling van de feiten waarop de autoriteit van de staat waar de maatregel is genomen, haar bevoegdheid heeft gebaseerd (art. 25).

Indien maatregelen die in een verdragsluitende staat zijn genomen en daar uitvoerbaar zijn, in een andere verdragsluitende staat ten uitvoer moeten worden gelegd, worden zij op verzoek van een belanghebbende partij in die andere staat uitvoerbaar verklaard of voor tenuitvoerlegging geregistreerd volgens de procedure die in het recht van laatstgenoemde staat is bepaald (art. 26, *sub*

1°). Elke verdragsluitende staat gebruikt voor de verklaring van uitvoerbaarheid of de registratie een eenvoudige en snelle procedure (art. 26, *sub* 2°). De verklaring van uitvoerbaarheid of de registratie kan slechts op een van de in artikel 23 voorziene gronden worden geweigerd (art. 26, *sub* 3°).

Behoudens de toetsing die in verband met de toepassing van de voorgaande artikelen noodzakelijk is, mag geen toetsing plaats vinden van de gronden waarop een genomen maatregel berust (art. 27).

Maatregelen genomen in de ene verdragsluitende staat en uitvoerbaar verklaard of voor tenuitvoerlegging geregistreerd in een andere verdragsluitende staat, worden in die laatste staat ten uitvoer gelegd alsof deze maatregelen door de autoriteiten van die staat waren genomen. De tenuitvoerlegging vindt plaats overeenkomstig het recht van de aangezochte staat binnen de door dat recht voorziene grenzen en met inachtneming van het belang van het kind (art. 28).

860 Elke verdragsluitende staat wijst een centrale autoriteit aan die is belast met de naleving van de door het Verdrag aan haar opgelegde verplichtingen (art. 29, *sub* 1°). Federale staten, staten waarin meer dan één rechtsstelsel geldt en staten die autonome territoriale eenheden omvatten, staat het vrij meer dan één centrale autoriteit aan te wijzen en de territoriale of personele reikwijdte van hun taken aan te geven. Een staat die van deze mogelijkheid gebruik maakt, wijst de centrale autoriteit aan waaraan alle mededelingen kunnen worden gedaan met het oog op overbrenging daarvan aan de bevoegde centrale autoriteit binnen deze staat (art. 29, *sub* 2°).

De centrale autoriteiten werken onderling samen en bevorderen de samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten in hun staten ten einde de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken (art. 30, *sub* 1°). Zij nemen, in verband met de toepassing van het Verdrag, alle passende maatregelen om informatie te verstrekken over de wetgeving van en de beschikbare diensten in hun staat met betrekking tot de bescherming van kinderen (art. 30, *sub* 2°).

De centrale autoriteit van een verdragsluitende staat neemt, hetzij rechtstreeks, hetzij via overheidsinstanties of andere instellingen, alle passende maatregelen ten einde (1) de informatie-uitwisseling te vereenvoudigen en de in de artikelen 8 en 9 en hoger beschreven bijstand te verlenen, (2) door bemiddeling, verzoening of overeenkomstige methoden minnelijke schikkingen te bevorderen met betrekking tot de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind, in de omstandigheden waarin het Verdrag van toepassing is en (3) op verzoek van de bevoegde autoriteit van een andere verdragsluitende staat bijstand te verlenen bij het opsporen van het kind, indien het ernaar uitziet dat dit zich op het grondgebied van de aangezochte staat bevindt en bescherming nodig heeft (art. 31).

Op een met redenen omkleed verzoek van de centrale autoriteit of van een andere bevoegde autoriteit van een verdragsluitende staat waarmee het kind een nauwe band heeft, kan de centrale autoriteit van de verdragsluitende staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft en waar het zich bevindt, rechtstreeks of via overheidsinstanties of andere instellingen (1) een rapport uitbrengen over de situatie van het kind en (2) de bevoegde autoriteit van haar staat verzoeken na te gaan of maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind wenselijk zijn (art. 32).

Indien een ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een instelling dan wel de verstrekking van zorg aan het kind door middel van *kafala* of een gelijkaardige rechtsfiguur overweegt en indien deze plaatsing of zorg dient plaats te vinden in een andere verdragsluitende staat, pleegt zij eerst overleg met de centrale autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van die laatste staat. Daartoe verstrekt zij een rapport over het kind, vergezeld van de redenen voor de voorgestelde plaatsing of zorg (art. 33, *sub* 1°). De beslissing over de plaatsing of de verstrekking van zorg mag in de verzoekende staat slechts worden genomen indien de centrale autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van de aangezochte staat heeft ingestemd met de plaatsing of de zorg en met inachtneming van het belang van het kind (art. 33, *sub* 2°).

Wanneer een beschermingsmaatregel wordt overwogen, kunnen de ingevolge het Verdrag bevoegde autoriteiten, indien de situatie van het kind dit vereist, elke autoriteit van een andere verdragsluitende staat die informatie heeft die van belang is voor de bescherming van het kind, verzoeken deze informatie mede te delen (art. 34, *sub* 1°). Een verdragsluitende staat kan verklaren dat deze verzoeken slechts via zijn centrale autoriteit aan zijn autoriteiten kunnen worden doorgeleid (art. 34, *sub* 2°).

De bevoegde autoriteiten van een verdragsluitende staat kunnen de autoriteiten van een andere verdragsluitende staat verzoeken bijstand te verlenen bij de uitvoering van de ingevolge dit Verdrag getroffen beschermingsmaatregelen, in het bijzonder bij de verzekering van de daadwerkelijke uitoefening van het omgangsrecht alsmede het recht om regelmatige rechtstreekse contacten te onderhouden (art. 35, *sub* 1°).

De autoriteiten van een verdragsluitende staat waar het kind niet zijn gewone verblijfplaats heeft, kunnen op verzoek van de in die staat woonachtige ouder die een omgangsrecht met het kind tracht te verkrijgen of te behouden, inlichtingen of bewijsmateriaal verzamelen en zich uitspreken over de geschiktheid van die ouder om het omgangsrecht uit te oefenen en over de voorwaarden waaronder dat recht moet worden uitgeoefend. Een autoriteit die ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegd is om over het omgangsrecht met het kind te beslissen, dient alvorens een beslissing te nemen met deze informatie, dit bewijsmateriaal en deze bevindingen rekening te houden (art. 35, *sub* 2°). Die autoriteit kan de procedure schorsen hangende de uitkomst van een dergelijk verzoek, in het bijzonder wanneer bij haar een verzoek aanhangig is gemaakt tot beperking of beëindiging van een omgangsrecht dat is toegekend in de staat waar het kind zijn vorige gewone verblijfplaats had (art. 35, *sub* 3°).

Artikel 35 laat onverlet de bevoegdheid van een ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit om hangende de uitkomst van voormeld verzoek voorlopige maatregelen te nemen (art. 35, *sub* 4°).

In alle gevallen waarin een kind is blootgesteld aan een ernstig gevaar doen de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende staat waar maatregelen voor de bescherming van het kind zijn genomen of worden overwogen, indien hun wordt medegedeeld dat de verblijfplaats van het kind is overgebracht naar of dat het kind zich bevindt in een andere staat, aan de autoriteiten van die andere staat mededeling van dit gevaar en de genomen of in overweging zijnde maatregelen (art. 36).

Een autoriteit vraagt of verstrekt geen informatie, indien volgens haar aannemelijk is dat een dergelijke handeling de persoon of het vermogen van het kind in gevaar zou kunnen brengen, of een ernstige bedreiging zou vormen voor de vrijheid of het leven van een familielid van het kind (art. 37).

Onverminderd de mogelijkheid een redelijke vergoeding te vragen voor het verlenen van diensten, dienen centrale autoriteiten en andere overheidsinstanties van de verdragsluitende staten hun eigen kosten te dragen bij de toepassing van de bedoelde samenwerking (art. 38, *sub* 1°).

Een verdragsluitende staat kan met een of meer andere verdragsluitende staten overeenkomsten sluiten inzake de onderlinge verdeling van de kosten (art. 38, *sub* 2°).

HOOFDSTUK IV VOOGDIJ OVER DE NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELING

AFDELING I

PROBLEMATIEK VAN DE NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELING

861 Een afzonderlijke bespreking vraagt tot slot de specifieke regelgeving voor de naar schatting 1.800 à 2.000 niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die jaarlijks in België arriveren (“Tweeduizend niet-begeleide minderjarigen in ons land”, *De Standaard* 5 februari 2003). Bedoeld zijn de personen van minder dan 18 jaar oud die niet begeleid zijn door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hen uitoefent (krachtens de *lex patriae* van de minderjarige) en die onderdaan zijn van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte (Chr. CASTELEIN, “De Wet Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-03*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 45, nr. 101). Langzamerhand zijn nagenoeg alle westerse geïndustrialiseerde samenlevingen zich bewust geworden van het vaak schrijnende lot dat deze mensen beschoren is. Het juridische vacuüm dat hen trof, was immers een vrijegeleide voor de mensenhandel, in het bijzonder deze gericht op illegale vormen van gezinshereniging, zwartwerk, georganiseerde misdaad, prostitutie en pedofilie; om nog maar te zwijgen van het verontrustende aantal verdwijningen (“Dit jaar alleen al bijna 90 verdwenen niet-begeleide minderjarigen”, *De Standaard* 19 april 2002; zie ook: *Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-1199/1, p. 13-17).

Zie hierover uitgebreid: H. DE PAUW, “De verdwijning van niet-begeleide minderjarigen en minderjarige slachtoffers van mensenhandel in België”, *Panopticon* 2003, 9 e.v.

862 Om deze problematiek tegen te gaan was een wetgevend optreden niet alleen wenselijk, het drong zich ook op in het licht van de internationale verplichtingen die op ons land wegen en die onder meer worden verwoord in het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 46-48, nrs. 102-108; I. LAMMERANT, “La tutelle des mineurs étrangers non accompagnés”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, p. 425-426, nr. 3). Artikel 22.1 van dit verdrag bepaalt dat elk land passende maatregelen moet nemen, zodat de kandidaat-vluchteling, ongeacht of die al dan niet door zijn ouders of door iemand anders wordt begeleid, passende bescherming en humanitaire bijstand krijgt bij het genot van alle door het verdrag gewaarborgde rechten en van alle rechten beschreven in andere internationale akten inzake de rechten van de mens of inzake humanitaire akten. De overheid dient aldus te zorgen voor *extra* bijstand en bescherming. Van gelijkwaardig belang is de

Resolutie van de Raad van de Europese Unie van 26 juni 1997 inzake niet-begeleide minderjarige onderdanen van derde-landen. Deze resolutie (d.i. een politiek akkoord tussen de regeringen van de E.U.) heeft betrekking op onderdanen van derde landen (noch lid van de E.U. noch van de E.E.R.), jonger dan 18 jaar, die zonder begeleiding van een volwassene die krachtens de wet of het gewoonterecht voor hen verantwoordelijk is, op het grondgebied van een lidstaat aankomen voor de duur dat zij niet daadwerkelijk onder de hoede staan van zo'n volwassene. Zij kan tevens worden toegepast op minderjarige onderdanen van derde landen, die na hun aankomst op het grondgebied van de lidstaten zonder begeleiding worden achtergelaten. Krachtens artikel 3.4 van deze resolutie moeten de lidstaten zo spoedig mogelijk zorgen voor de noodzakelijke vertegenwoordiging van de minderjarige door een wettelijke voogdij, door een vertegenwoordiging door een (nationale) organisatie of een andere passende vertegenwoordiging. Artikel 3.5 vervolgt dat, indien voor een niet-begeleide minderjarige een voogd wordt aangesteld, deze er overeenkomstig het nationale recht moet op toezien dat op een passende wijze aan de onder meer juridische, sociale, medische en psychologische behoeften van de minderjarige wordt tegemoet gekomen.

863 Bovendien zij aangestipt dat de administratieve voogdij in de zin van de artikelen 63-68 van de O.C.M.W.-Wet tekort schiet voor de niet-begeleide minderjarige vreemdeling (S. SAROLEA, "Mineurs étrangers non accompagnés et environnement institutionnel – Le radeau de la Méduse", *J. dr. jeun.* 1999, 28).

In wezen behelst de administratieve voogdij door het O.C.M.W. de minderjarigen over wie niemand het ouderlijk gezag, het voogdijgezag of de materiële bewaring heeft (art. 63 O.C.M.W.-Wet). Voorts kan de (sociale dienst van de) jeugdrechtbank aan het O.C.M.W. de kinderen toevertrouwen over wie het centrum reeds de materiële bewaring heeft en van wie de ouders geheel of gedeeltelijk uit het ouderlijk gezag zijn ontzet (art. 64 O.C.M.W.-Wet; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2004, p. 211-212, nr. 1376). Hoewel de bedoelde administratieve voogdij geldt als politiewet (zodat vanuit internationaal privaatrechtelijk oogpunt geen probleem rijst; E. DEJONGHE en I. LAMMERANT, "Les candidats réfugiés mineurs non accompagnés de lege lata et de lege ferenda", *J.T.T.* 1998, 244-245), is het toepassingsgebied *ratione personae* vrij beperkt gelet op de onderstelling dat niemand de materiële bewaring over het kind waarneemt. Het is evenmin evident om het ontbreken van ouderlijk gezag of voogdij aan te tonen (zie nochtans: M.-C. FOGLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, "De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen zonder (gestabiliseerd) verblijfsstatuut – Een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen tussen 1999 en 2001, getoetst aan enkele grond- en mensenrechtenverplichtingen en geproblematiseerd vanuit het vraagstuk van de grondwettelijke verdeling van bevoegdheden in ons land", in M.-C. FOGLETS, B. HUBEAU en D. VANHEULE (eds.), *Migratie- en migrantenrecht – Recente ontwikkelingen*, VII, Brugge, die Keure, 2002, 365-366).

Verder rijst een probleem met artikel 57 § 2 van de O.C.M.W.-Wet dat de taak van het O.C.M.W. beperkt tot het verlenen van dringende medische hulp, wanneer het gaat om een illegaal in ons land verblijvende vreemdeling. Wijkt deze bepaling af van artikel 57 § 3 van de O.C.M.W.-Wet dat bepaalt het O.C.M.W. de voogdij uitoefent over of althans de bewaring verzekert, het onderhoud en de opvoeding van de minderjarige kinderen die door de wet, de ouders of overheidsorganen aan het centrum zijn toevertrouwd? Een soepele interpretatie is evenwel aangewezen, mede in het licht van het I.V.R.K. (Arbrb. Brussel 10 maart 1999, *J. dr. jeun.* 1999, 40, noot; Arbrb. Antwerpen 7 juni 1999, *T. Vreemd.* 1999, 364; Arbrb. Brussel 27 september 2001, *T.J.K.* 2002, 124; Arbrb. Brugge 24 december 2001, *R.W.* 2002-03, 833; M.-C. FOGLETS, S. BOUCKAERT en C.

RYNGAERT, *t.a.p.*, 365-366; D. TORFS, “Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en het recht op dienstverlening voor kinderen zonder wettig verblijf”, *T. Vreemd.* 2001, 102 e.v.). Artikel 57 § 3 van de O.C.M.W.-Wet geldt dan ook als *lex specialis* ten aanzien van artikel 57 § 2 van de O.C.M.W.-Wet. Een en ander vindt bevestiging in het arrest van 22 juli 2003 (nr. 106/2003) van het Arbitragehof dat artikel 57 § 2 van de O.C.M.W.-Wet als ongrondwettelijk bestempelt. Tot slot zij herhaalt dat de werking van de O.C.M.W.’s onvoldoende is aangepast om de bedoelde gespecialiseerde opdracht naar behoren te kunnen vervullen. Persoonlijke en financiële middelen ontbreken (A. VAN KLEEF, “De rol van O.C.M.W.’s ten aanzien van de niet-begeleide buitenlandse minderjarigen”, *T.J.K.* 2000, 123-124).

In de praktijk zoekt men dan ook naar pragmatische, zij het paralegale oplossingen om het gebrek aan rechtsbescherming te verhelpen (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 55-56, nr. 122-123).

AFDELING II

WET VAN 24 DECEMBER 2002

864 Het is uiteindelijk in de Programmawet van 24 december 2002 (*B.S.* 31 december 2003), en meer bepaald in artikel 479 van Hoofdstuk VI van Titel XIII, dat een bijzondere vorm van voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen wordt ingericht.

De voogdijregeling is het resultaat van jarenlang overleg op niveau van werkgroepen en op interkabinettenvergaderingen (B. VAN KEIRSBILCK, “Voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, *T.J.K.* 2002, 62-67). De regeling belandde in een (fel bekritiseerde) stroomversnelling, omdat België al meermaals op de vingers werd getikt wegens verzuim zijn internationale verplichtingen na te komen (*Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/028, p. 57; *Parl. St. Senaat* 2002-03, 2-1390/5, p. 3). Voorts was er de publieke verontwaardiging naar aanleiding van de in de media breed uitgesmeerde zaak *Tabita Mubilanzila* aangaande het ongebeleid terugsturen van een Congolees minderjarig meisje, zonder dat in het land van herkomst maatregelen waren genomen voor de opvang van het kind (“Verbolgenheid over uitwijzing Congolees kind”, *De Standaard* 19 oktober 2002).

Artikel 479 telt op zijn beurt 29 afzonderlijke artikelen en vormt op die manier een bijzondere wet op de voogdij van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling (WnBMV).

Het nieuwe specifieke voogdijregime is op 1 mei 2004 in werking getreden (G. VERSCHULDEN, “Niet-begeleide minderjarige vreemdeling heeft specifiek voogdijregime”, *Juristenkrant* 2004, nr. 84, p. 11).

Zie voor een kritische evaluatie van deze wet: I. LAMMERANT, “La tutelle des mineurs étrangers non-accompagnés”, *t.a.p.*, p. 430-437, nrs. 10-14.

§ 1. Dienst Voogdij

865 Bij de Federale Overheidsdienst Justitie wordt een “Dienst Voogdij” opgericht, belast met het organiseren van een specifieke voogdij over niet-begeleide minderjarigen (art. 3 WnBMV). Een en ander vindt precisering in het K.B. van 22 december 2003 “tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk VI betreffende voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” (*B.S.* 29

januari 2004; zie hierover: F. MOTULSKY, “L’arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du titre XIII, chapitre 6, ‘tutelle des mineurs étrangers non accompagnés’ de la loi programme du 24 décembre 2002”, *J.T.* 2004, 474).

Het gaat om een multidisciplinaire ploeg van ambtenaren met een juridische of sociale opleiding die de materiële organisatie van het werk van de voogden coördineert en er toezicht op uitoefent (art. 1 K.B. 22 december 2003).

Zie meer uitgebreid: Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 72-78, nrs. 171-186.

Zie ook: I. LAMMERANT, “La tutelle des mineurs étrangers non accompagnés”, *t.a.p.*, p. 426-427, nr. 4.

De Dienst Voogdij moet vierentwintig uur op vierentwintig uur bereikbaar zijn (art. 4 WnBMV). Om die permanentie te waarborgen, stelt deze dienst de voogden, de betrokken overheden en alle betrokken personen een noodtelefoonnummer ter beschikking dat vierentwintig uur op vierentwintig bereikbaar is; voorts verzekeren de personeelsleden van de Dienst Voogdij de permanentie buiten de normale arbeidstijdregeling, door een wachtdienst ten huize (art. 5 K.B. 22 december 2003).

De Dienst Voogdij heeft een omvangrijk takenpakket, waaronder de aanwijzing van een voogd, de identificatie van de niet-begeleide minderjarigen, de coördinatie van de contacten met de bevoegde overheden en de verzekering van een aangepaste opleiding voor de voogden. De arbeidsverhouding met de voogd wordt niet beheerst door een arbeidsovereenkomst, maar is beperkt tot de uitbetaling van een forfaitair maar geïndexeerd bedrag van 500 EUR ere-loon (voor vrije beroepen) of emolumenten (indien de voogd een ander of geen beroep uitoefent) per voogdij en per jaar, te vermeerderen met een forfaitaire kostenvergoeding (art. 6-8 K.B. 22 december 2003).

Het K.B. van 22 december 2003 preciseert voorts de procedure en de criteria voor de erkenning van de voogden, alsook voor de intrekking van de erkenning. Hieruit blijkt dat de voogden aan een vrij bijzonder profiel moeten beantwoorden (art. 13 K.B. 22 december 2003; G. VERSCHIEDEN, *t.a.p.*, 10; vgl. nog: *Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/028, p. 58, alwaar wordt aangekondigd dat de regeling “zeer soepel” zou zijn).

De personen die zich wensen in te schrijven op de lijst van de personen erkend om te worden aangewezen als voogd van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, dienen bij de Dienst Voogdij een schriftelijk verzoek in. De kandidaten voegen bij hun schriftelijk verzoek een dossier met een getuigschrift van goed zedelijk gedrag en alle nuttige stukken waaruit hun opleiding en competentie inzake de problematiek van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en van hun begeleiding blijken (art. 13 § 1 K.B. 22 december 2003; zie ook: *Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/015, p. 19-20).

Alvorens de kandidaat te erkennen, heeft de Dienst Voogdij een voorafgaand gesprek met hem over zijn motivering en zijn competentie inzake de problematiek van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en van hun begeleiding (art. 13 § 2 K.B. 22 december 2003).

De Dienst Voogdij kan niet als voogd erkennen (art. 18 K.B. 22 december 2003):

– de personen bedoeld in de artikelen 397 en 398, *sub* 1° en *sub* 2° B.W.;

– de personen die op grond van hun ambt een belangenconflict hebben met de minderjarige. Personen van wie onweerlegbaar wordt vermoed dat zij een dergelijk belangenconflict hebben, zijn de personeelsleden van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken – Algemene Directie Dienst Vreemdelingenzaken, van het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de staattoelzen, alsook van de Vaste Beroepscommissie voor Vluchtelingen.

Rijksambtenaren (die geen belangenconflict hebben met de niet-begeleide minderjarige en voldoen aan de erkenningsvoorwaarden) kunnen worden opgenomen in de lijst van personen die als voogd kunnen worden aangewezen, zonder hiertoe te worden erkend (G. VERSCHELDEN, *t.a.p.*, 10).

De Dienst Voogdij houdt de lijst van de voogden bij en vermeldt voor iedere voogd het aantal minderjarigen over wie hij de voogdij uitoefent, alsook de identiteit van de minderjarigen, hun leeftijd, hun land van herkomst en in voorkomend geval hun land van doorvoer, alsook hun verblijfplaats in België (art. 14 K.B. 22 december 2003).

De Dienst Voogdij kan de erkenning van de voogd intrekken indien hij de voorwaarden voor de erkenning van voogden (zoals omschreven in het K.B. van 22 december 2003) niet meer vervult of indien hij de verplichtingen van de WnBMV niet in acht neemt. De voogd kan vooraf worden gehoord door de Dienst Voogdij (art. 19 K.B. 22 december 2003). Ingeval de erkenning wordt ingetrokken, wijst de Dienst Voogdij voor de betrokken niet-begeleide minderjarige vreemdeling(en) onverwijld een nieuwe voogd aan (art. 20 K.B. 22 december 2003). De beslissing tot intrekking van de erkenning wordt onverwijld schriftelijk ter kennis gebracht van de voogd en van de betrokken minderjarige(n) (art. 21 K.B. 22 december 2003).

Verder organiseert (en betaalt) de Dienst Voogdij voor de voogden een basisopleiding en permanente vorming over:

- aspecten van het vreemdelingenrecht en van het jeugdrecht;
- aspecten van het burgerlijk recht in verband met het beheer van goederen;
- pedagogische en psychologische aspecten, daaronder begrepen de opleiding inzake het luisteren naar minderjarigen;
- opleiding inzake multiculturele opvang (art. 15-17 K.B. 22 december 2003).

§ 2. Toepassingsgebied

866 De bedoelde voogdij over niet-begeleide minderjarigen is van toepassing op elke persoon (art. 5 WnBMV):

- van minder dan achttien jaar oud,
- niet begeleid door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens de nationale wet van de minderjarige (en bv. enkel begeleid door een ander familielid of om het even welke andere volwassene),
- die onderdaan is van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte (dat ruimer is dan de E.U. die sinds 1 mei 2004 vijftientig lidstaten telt: tot de E.E.R. behoren ook IJsland, Lichtenstein en Noorwegen)
- en verkeert in één van de volgende situaties: ofwel de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling hebben gevraagd, ofwel niet voldoen aan de voorwaarden inzake toegang tot en verblijf op het grondgebied vastgesteld in de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (d.i. inz. de Vreemdelingenwet van 15 december 1980, *B.S.* 31 augustus 1980, inmiddels al meermaals gewijzigd).

Het betreft duidelijk een wet van politie en veiligheid die iedereen verbindt die op het Belgische grondgebied verblijft (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 207, nr. 1336).

Een niet-begeleide minderjarige vreemdeling kan vragen om erkend te worden als VN-vluchteling in de zin van de Conventie van Genève: het gaat dan om een alleenstaande minderjarige asielzoeker. Obstakel is zijn handelingsonbekwaamheid en hiermee gepaard gaand zijn procesonbekwaamheid. Weliswaar treden langzamerhand meer en meer uitzonderingen in, zeker voor de (oudere) minderjarige met voldoende onderscheidings- en uitdrukkingsvermogen (zie bv.: R.v.St. 22 januari 1996, nrs. 57.708 en 57.709; R.v.St. 11 oktober 1996, nr. 62.500; R.v.St. 1 april 1997, nr. 65.754; zie meer uitgebreid: Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 66-67, nrs. 154-156). Niettemin komen die uitzonderingen onvoldoende tegemoet aan de problematiek van de (jongere) minderjarige asielzoeker.

Alleenstaande minderjarige asielzoekers worden, zelfs als het asiel niet toegestaan wordt, principieel niet teruggestuurd naar het land van herkomst tot ze meerderjarig (18 jaar oud, minstens voldoende rijp) zijn (J. VAN DER AUWERAERT, "Buitenlandse niet-begeleide minderjarigen in België: wie moet tegen wie beschermd worden?", *T.J.K.* 2003, 16 e.v.). Ingeval de asielprocedure wordt afgesloten met de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling, wordt de minderjarige in het bezit gesteld van een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister. Als de asielaanvraag wordt verworpen, ontvangt de niet-begeleide minderjarige een voorlopige verblijfstitel.

Verder is er (1) de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die een van de procedures zoals beschreven in de Vreemdelingenwet heeft uitgeput en een negatieve beslissing heeft bekomen en (2) de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die zich niet kan beroepen op een procedure zoals bepaald in de Vreemdelingenwet. Zij genieten een administratief verblijfsrecht.

Nagenoeg alle niet-begeleide minderjarige vreemdelingen zullen onder een van voormelde categorieën vallen. Indien de minderjarige asiel aanvraagt, is de WnBMV toepasbaar. Vraagt de minderjarige geen asiel aan, dan blijken nagenoeg alle in de Vreemdelingenwet bepaalde rechtsgronden voor het bekomen van een verblijfstitel nauwelijks dienstig: en bij gebrek aan verblijfstitel krachtens de Vreemdelingenwet, is de WnBMV toepasbaar (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 71, nr. 166).

De rechtspositie van de alleenstaande minderjarige vreemdeling met een gestabiliseerd verblijfsstatuut (d.i. voor onbepaalde duur) valt evenwel buiten het toepassingsgebied van de WnBMV. Het betreft onder andere de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die met succes asiel heeft bekomen en de minderjarige vreemdeling wiens verblijfsstatuut werd geregulariseerd (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 71, nr. 167).

§ 3. Procedure

867 Iedere overheid die kennis heeft van de aanwezigheid aan de grens of op het grondgebied van een persoon die er jonger uitziet dan 18 jaar of verklaart jonger dan 18 jaar te zijn en die lijkt te voldoen aan de andere toepassingsvoorwaarden van de WnBMV, stelt daarvan onmiddellijk de Dienst Voogdij in kennis, alsmede de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en deelt hen alle informatie mee die zij over de toestand van betrokkene heeft (art. 6 § 1 WnBMV).

Het gaat zowel om bestuurlijke als politieke als andere overheden: bv. overheden bevoegd voor asiel en verblijf, de Gemeenschappen bevoegd voor jeugdzorg, de O.C.M.W.'s, de diensten van de federale politie, ...

De concrete plaatsing onder hoede van de Dienst Voogdij wordt toegelicht in de Ministeriële Omzendbrief van 19 april 2004 "betreffende de plaatsing onder hoede van de Dienst Voogdij en de identificatie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" (B.S. 29 april 2004).

De Dienst Voogdij neemt de betrokken persoon zo snel mogelijk onder zijn hoede, gaat over tot zijn identificatie, controleert de toepassingsvoorwaarden van de WnBMV en zorgt voor een voorlopige huisvesting (art. 6 § 2 WnBMV). Dit laatste betekent dat de minderjarige in een gesloten centrum kan worden ondergebracht. Indien de Dienst Voogdij (eveneens) van oordeel is dat de betrokken persoon aan de toepassingsvoorwaarden van de WnBMV voldoet, wijst hij onmiddellijk een voogd aan (art. 8 § 1 WnBMV). Op die manier vangt de eigenlijke voogdij aan.

Wanneer de Dienst Voogdij of de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering twijfel koesteren omtrent de leeftijd van de betrokken persoon, laat de Dienst Voogdij onmiddellijk een medisch onderzoek (desnoods: een botonderzoek) door een arts uitvoeren teneinde na te gaan of deze persoon al dan niet jonger is dan 18 jaar (art. 7 § 1 WnBMV). In België gebeurt dit leeftijdsonderzoek door de zogenaamde methode 'Greulich en Pyle', een radiologisch onderzoek van de polsbeenderen. Het Hof van Beroep te Brussel meent, op basis van een aantal medisch-wetenschappelijke bezwaren over de inzetbaarheid van deze methode bij minderjarigen van een andere ethnische afkomst, dat de betrouwbaarheid van de methode relatief is (Brussel 20 april 2004, *NjW* 2004, 959; zie voorts: Kort Ged. Brussel 12 juni 2003, *J. dr. jeun.* 2003, 36; Kort Ged. Brussel 6 oktober 2003, *J. dr. jeun.* 2003, 39; J.-P. JACQUES, "Évaluation de l'âge des mineurs – Quant la science se refroidit, le droit éternuel!", *J. dr. jeun.* 2003, 23).

Het medisch onderzoek geschiedt onder toezicht van de Dienst Voogdij.

De kosten van dat medisch onderzoek zijn ten laste van de overheid die het heeft gevraagd. Ingeval de Dienst Voogdij uit eigen beweging een onderzoek laat verrichten, zijn de kosten ten laste van die dienst.

Wanneer uit het medisch onderzoek blijkt dat betrokkene minder dan 18 jaar oud is, wordt onmiddellijk een voogd aangewezen. Wanneer uit het medisch onderzoek blijkt dat betrokkene meer dan 18 jaar oud is, vervalt de hoede door de Dienst Voogdij van rechtswege. De Dienst Voogdij stelt daarvan onmiddellijk de betrokkene in kennis, alsook de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en iedere andere betrokken overheid (art. 7 § 2 WnBMV).

In geval van twijfel over de uitslag van het medisch onderzoek, wordt met de jongste leeftijd rekening gehouden (art. 7 § 3 WnBMV).

De concrete identificatie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen wordt toegelicht in de Ministeriële Omzendbrief van 19 april 2004. De Dienst Voogdij zal de identificatie verrichten met behulp van de signalementsfiche waarvan het model als bijlage bij de Omzendbrief is gevoegd.

§ 4. Aanwijzing van de voogd

868 De Dienst Voogdij wijst voor het voeren van de voogdij over een niet-begeleide minderjarige een persoon aan die voorkomt op de lijst van de erkende voogden (art. 8 § 3 WnBMV), waarbij erover wordt gewaakt dat de voogdijen evenwichtig over de voogden worden verdeeld. Het aantal voogdijen is beperkt tot vijftientig per voogd (art. 22 K.B. 22 december 2003).

Voor zover zulks mogelijk is, wijst de Dienst Voogdij een voogd aan die in de omgeving woont van de verblijfplaats van de betrokken niet-begeleide minderjarige.

Deze aanwijzing wordt per brief of per fax ter kennis gebracht van de voogd, de betrokken minderjarige en de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering en aan iedere andere betrokken overheid. Aan de minderjarige wordt onverwijld meegedeeld wie zijn voogd is en informatie verschaft over het voogdijregime (art. 8 § 2 WnBMV).

De (in voorkomend geval door de Dienst Voogdij ambtshalve) aangewezen voogd kan zijn taak enkel weigeren indien de Dienst Voogdij de door de voogd meegedeelde redenen van verschoning of van verhindering uitdrukkelijk aanvaardt.

De Dienst Voogdij kan niet als voogd aanwijzen, omdat het *in concreto* niet opportuun overkomt (art. 23 K.B. 22 december 2003):

- een erkend persoon, diens echtgenoot, de persoon met wie hij wettelijk samenwoont, de persoon met wie hij feitelijk samenwoont of een bloedverwant in de neerdalende of in de opgaande lijn, die een rechtsgeding voert tegen de betrokken minderjarige waarbij zijn staat, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van zijn goederen in het gedrang worden gebracht;
- een erkend persoon die een opvangfunctie uitoefent ten aanzien van de betrokken niet-begeleide minderjarige in een opvanginstelling of in het raam van een lokaal opvanginitiatief georganiseerd door een O.C.M.W. (*Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/015, p. 20);
- een erkend persoon die lid is van de raad voor maatschappelijk welzijn van het voormelde O.C.M.W.;
- een erkend persoon die lid is van de gemeenteraad van de gemeente waarvan het voormelde O.C.M.W. afhangt.

869 In geval van vrijwillig ontslag brengt de ontslagnemende voogd zijn beslissing schriftelijk ter kennis van de Dienst Voogdij en van de betrokken minderjarige(n) (art. 24 K.B. 22 december 2003). Het ontslag heeft uitwerking mits een opzeggingstermijn van twee maanden die kan worden verminderd om ernstige redenen. De beoordeling ervan wordt overgelaten aan de Dienst Voogdij (vgl.: art. 396, tweede lid B.W.).

De Dienst Voogdij wijst onverwijld een nieuwe voogd aan voor de betrokken niet-begeleide minderjarigen, zodanig dat de niet-begeleide minderjarige onder de hoede wordt genomen op de dag waarop het ontslag ingaat.

§ 5. Opdracht van de voogd

870 De taken en bevoegdheden van de voogd zijn enigszins maar niet geheel gelijklopend met die van een gewone voogd in de zin van de artikelen 392-393 B.W. Ze zijn uiteraard aangepast aan de specifieke toestand van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.

Artikel 11 van het K.B. van 22 december 2003 preciseert dat de voogd noch van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken – Algemene Directie Dienst Vreemdelingenzaken, noch van het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de staatlozen, noch van de Vaste Beroepscommissie voor Vluchtelingen richtlijnen mag krijgen betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Krachtens artikel 2, derde lid van hetzelfde K.B. kan de Minister van Justitie de voogden wel algemene richtlijnen bezorgen die ertoe strekken de materiële organisatie van het werk van de voogden te coördineren. Een ander kadert binnen de gedachte dat de voogd zijn opdracht in onafhankelijkheid moet kunnen uitoefenen, zeker voor het nemen van individuele beslissingen ten aanzien van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling(en) voor wie hij zorgt (zie ook: Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 88, nr. 221; I. LAMMERANT, “La tutelle des mineurs étrangers non accompagnés”, *t.a.p.*, p. 432-433, nr. 12; G. VERSCHULDEN, *t.a.p.*, 11).

871 Vooreerst draagt de voogd zorg voor de persoon van de niet-begeleide minderjarige gedurende zijn verblijf in België (art. 10 § 1 WnBMV).

De voogd zorgt ervoor dat de minderjarige onderwijs kan volgen en passende psychologische bijstand en medische verzorging krijgt. Hij waakt erover dat de politieke, filosofische en godsdienstige overtuiging van de minderjarige in acht worden genomen.

Ingeval toegang tot het grondgebied wordt verleend en niet is beslist tot opvang in een specifiek centrum voor niet-begeleide minderjarigen, waakt de voogd erover dat de overheden bevoegd voor opvang de maatregelen nemen die vereist zijn om de minderjarige een passende huisvesting te bieden, in voorkomend geval bij een familielid, in een gastgezin of bij een volwassene die bereid is voor de minderjarige te zorgen (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 2124/015, p. 28*).

De voogd treft alle passende maatregelen om de familieleden van de minderjarige op te sporen (art. 11 § 1 WnBMV). Hij doet alle voorstellen die hij nodig acht om een duurzame oplossing te vinden overeenkomstig het belang van de minderjarige: de gezinshereniging, de regularisatie van het verblijf voor onbeperkte duur of de terugkeer naar het land van herkomst of een derde land indien daar een adequate opvang mogelijk is (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 2124/015, p. 29*). Zijn optreden geschiedt in overleg met de minderjarige, met de persoon of de instelling die hem huisvest, met de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en met iedere andere betrokken overheid.

De voogd kan niet toestemmen in het huwelijk, de adoptie of de ontvoogding van de minderjarige (art. 10 § 2 WnBMV).

872 De voogd heeft regelmatig contact met de minderjarige (art. 11 § 2 WnBMV). Hij praat met hem om een vertrouwensrelatie op te bouwen en zijn standpunt te kennen over de beslissingen die hij voornemens is te nemen.

De voogd geeft aan de minderjarige toelichting bij de beslissingen genomen door de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, alsook bij de beslissingen genomen door de andere overheden.

873 Voorts fungeert de voogd als wettelijke vertegenwoordiger van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling: het gaat om een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 2124/015, p. 26*). Hij vertegenwoordigt hem in het raam van alle rechtshandelingen, van de procedures bedoeld in de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, alsmede van alle andere bestuurlijke of gerechtelijke procedures (art. 9 § 1 WnBMV).

De voogd is inzonderheid bevoegd om:

- een asielaanvraag in te dienen of een machtiging tot verblijf aan te vragen;
- in het belang van de minderjarige te waken over de naleving van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
- de rechtsmiddelen aan te wenden.

De niet-begeleide minderjarige kan echter ook alleen een asielaanvraag indienen zonder door zijn voogd te worden vertegenwoordigd. De wetgever wil de hoger aangestipte handelingsbekwaamheid van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling inzake het indienen van een asielaanvraag, zoals *grosso modo* aanvaard in de rechtspraak, niet terugschroeven.

Uitzondering vormt, zoals gezegd, de toestemming in het huwelijk, de adoptie of de ontvoogding van de minderjarige (art. 10 § 2 WnBMV). De wetgever wil beslissingen uitsluiten die te definitief van aard zijn (*Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/015, p. 28; vgl.: art. 348-5, eerste lid B.W. (adoptie), 475bis B.W. (pleegvoogdij) en 478 B.W. (gerechtelijke ontvoogding), instemming waarvoor de (burgerrechtelijke) voogd in de zin van de art. 392-393 B.W. bevoegd is).

De voogd begeleidt de minderjarige in elke fase van voormelde procedures en woont al diens verhoren bij (zoals een voogd naar gemeen recht: *Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/015, p. 27). In geval van overmacht kan de voogd vragen dat het verhoor wordt verdaagd (ook wanneer de voogd, doordat hij meerdere voogdijen waarneemt, in de onmogelijkheid verkeert meerdere verschijningen bij te wonen die op dezelfde dag plaatsvinden: *Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/015, p. 27). Indien nodig, wordt de minderjarige bijgestaan door een tolk. De kosten voor de tolk zijn ten laste van de overheid die het verhoor afneemt (art. 9 § 2 WnBMV).

De voogd vraagt ambtshalve en onverwijld bijstand van een advocaat (om de minderjarige te vertegenwoordigen in de procedures bedoeld in de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, of in enige andere administratieve of gerechtelijke procedure; art. 9 § 3 WnBMV). In voorkomend geval kan de voogd gebruik maken van de juridische bijstand van het Bureau voor Juridische Bijstand overeenkomstig de artikelen 508/1 e.v. Ger.W.

Op grond van artikel 1 § 1, eerste lid, *sub* 8° van het Koninklijk Besluit van 18 december 2003 “tot vaststelling van de voorwaarden van de volledige of gedeeltelijke kosteloosheid van de juridische tweedelijnsbijstand en de rechtsbijstand” (*B.S.* 24 december 2003), geniet de minderjarige de volledige kosteloosheid van de juridische tweedelijnsbijstand en de rechtsbijstand, op voorlegging van zijn identiteitskaart of van enig ander document waaruit zijn staat blijkt.

Ingeval de minderjarige niet beschikt over identiteitsbewijzen, zal de voogd gebruik kunnen maken van de verklaring opgesteld door de Dienst Voogdij (waarvan het model als bijlage bij de Ministeriële Omzendbrief van 19 april 2004 is gevoegd), waarin de staat van minderjarigheid van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling wordt vastgesteld.

Indien de voogd het beroep van advocaat uitoefent, mag hij naar aanleiding van de uitoefening van zijn opdracht niet optreden als raadsman van de minderjarige (art. 12 K.B. 22 december 2003).

De voogd stelt de Dienst Voogdij in kennis van de naam van de advocaat die de minderjarige vertegenwoordigt.

Het verzoek om bijstand van een advocaat wordt toegelicht in de Ministeriële Omzendbrief van 19 april 2004.

Een minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt, wordt opgeroepen om te worden gehoord in alle procedures die hem betreffen (art. 15 WnBMV).

Aan de voogd wordt kennis gegeven van alle oproepingen, beslissingen of verzoeken om inlichtingen betreffende de niet-begeleide minderjarige (art. 16 § 1 WnBMV). De beroepstermijnen gaan in op het tijdstip van de kennisgeving aan de voogd.

Tegelijk met de kennisgeving aan de voogd wordt een afschrift bezorgd aan de verblijfplaats van de minderjarige en aan de Dienst Voogdij.

Met het oog op de toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de voogd verondersteld woonplaats te hebben gekozen bij de Dienst Voogdij, tenzij hij kennis geeft van een andere woonplaats (art. 16 § 2 WnBMV).

874 De voogd beheert de (in de praktijk wellicht schaarse middelen en) goederen van de minderjarige zonder dat hij het genot ervan heeft (art. 12 § 1 WnBMV). Voor de handelingen bedoeld in artikel 410 B.W. is de toestemming van de vrederechter vereist. De voogd neemt alle passende maatregelen opdat de minderjarige de hulp ten laste van de openbare overheden waarop hij recht heeft, ontvangt (art. 12 § 2 WnBMV).

De voogd wendt de eventuele inkomsten van de niet-begeleide minderjarige aan teneinde (art. 9 § 1 K.B. 22 december 2003):

- in diens onderhoud te voorzien en hem te verzorgen;
- de kosten te dekken die volgen uit de procedures bedoeld in de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, alsook uit de andere administratieve of gerechtelijke procedures die betrekking hebben op de niet-begeleide minderjarige.

Indien de niet-begeleide minderjarige vreemdeling niet over toereikende inkomsten beschikt, verzoekt de voogd om de toepassing van de sociale wetgeving in het belang van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling (art. 9 § 2 K.B. 22 december 2003).

Net zoals de voogd naar gemeen recht staat de voogd over de niet-begeleide minderjarige vreemdeling niet met eigen penningen in voor het onderhoud van zijn pupil (P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 209, nr. 1342). Voor de voogd geldt enkel een beroepsaansprakelijkheid, die in voorkomend geval wordt gedeeld met de opvoeders van de minderjarige (*Parl. St. Kamer 2002-03*, 50 2124/015, p. 30). Ten dien einde neemt de Dienst Voogdij een verzekering om de burgerlijke aansprakelijkheid van de voogden te dekken (art. 8 K.B. 22 december 2003). Hij sluit tevens een verzekering af om de burgerlijke aansprakelijkheid te dekken van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen voor wie een voogd is aangewezen.

875 Artikel 1384 B.W. is niet van toepassing op de voogd van een niet-begeleide minderjarige vreemdeling (art. 14 WnBMV).

Vgl.: *Parl. St. Senaat 2002-03*, 2-1390/5, p. 31-32; P. SENAËVE, *a.w.*, II, p. 168, nr. 1199 en p. 178, nr. 1225.

Vgl. ook: P. SENAËVE, “Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding”, in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 178, nr. 69; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 406-408, nr. 497.

§ 6. Verantwoordingsverplichting van de voogd

876 Uiterlijk 15 dagen na zijn aanwijzing maakt de voogd een verslag op betreffende de persoonlijke situatie van de minderjarige en over zijn eventuele goederen. Hij bezorgt dit verslag aan de Dienst Voogdij en aan de vrederechter (art. 13 § 1 WnBMV).

Bij gebrek aan uitdrukkelijke regeling hoe de vrederechter van het bestaan van een voogdij over een niet-begeleide minderjarige vreemdeling op de hoogte wordt gebracht, zal de vrederechter ten laatste op het ogenblik van voormelde verslaggeving kennis nemen van het bestaan van de voogdij (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 86, nr. 215).

877 Indien de vrederechter het nodig acht kan hij beslissen dat de gelden, de effecten en de waardepapieren van de minderjarige worden gedeponneerd op een rekening geopend op naam van de minderjarige bij een door de Commissie voor het Bank- en Financieuzen erkende instelling (art. 13 § 2 WnBMV).

878 Ten minste tweemaal per jaar doet de voogd aan de vrederechter een verslag toekomen over de vermogenstoestand van de minderjarige en over de evolutie van zijn persoonlijke toestand, inzonderheid wat zijn verblijfstoestand en de opsporing van zijn familie of van opvangstructuren in zijn land van herkomst alsook zijn opvoeding betreft (art. 19 § 1 WnBMV; vgl.: de art. 413 en 420 B.W.). In het verslag wordt tevens melding gemaakt van de plichten die hij heeft vervuld alsook van de eventuele problemen van de minderjarige, bijvoorbeeld omtrent zijn integratie. Een afschrift van het verslag wordt aan de Dienst Voogdij bezorgd.

879 Uiterlijk 15 dagen na de beëindiging van zijn taak bezorgt de voogd een definitief verslag van de voogdij aan de vrederechter (art. 19 § 2 WnBMV; art. 415 B.W.). Een afschrift ervan wordt toegezonden aan de Dienst Voogdij alsook aan de minderjarige. De vrederechter maakt een proces-verbaal op van de rekening en verantwoording, van de goedkeuring ervan en van de aan de voogd verleende *décharge*.

§ 7. Toezicht

880 De voogd vervult zijn opdracht onder toezicht van de Dienst Voogdij en van de vrederechter van de verblijfplaats van de minderjarige (art. 17 WnBMV).

Wanneer de verblijfplaats van de minderjarige naar een ander gerechtelijk kanton wordt overgebracht, zendt de vrederechter het dossier naar de vrederechter van het kanton van de nieuwe verblijfplaats. Die laatste rechter wordt dan bevoegd (art. 19 § 3 WnBMV; art. 390, derde lid B.W.).

De zaken worden bij de vrederechter aanhangig gemaakt bij verzoekschrift (art. 594, *sub* 7° Ger.W.).

De figuur van de toezienende voogd bestaat niet bij de voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdeling.

881 De Dienst Voogdij oefent dagelijks bestuurlijk toezicht uit op de materiële organisatie van het werk van de voogd (art. 18 WnBMV). De onafhankelijkheid van de voogden maakt dat het de Dienst Voogdij niet is toegelaten om de beslissingen die de voogden moeten nemen inzake de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te coördineren en te superviseren (*Parl. St. Kamer* 2002-03, 50 2124/015, p. 21). De Dienst Voogdij moet zich richten naar de haar door de WnBMV toegekende opdrachten, zoals nagaan of de voogd nog steeds voldoet aan de voorwaarden inzake erkenning, waken over de uniformiteit van de praktijk, controle uitoefenen op de wijze waarop de voogd zijn

taak vervult en in voorkomend geval de onvolkomenheden aan de vrederechter doorspelen (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 2124/015, p. 31*). Mede hierom heeft de Dienst Voogdij recht op een afschrift van de in de artikelen 13 § 1, 19 § 1 en 19 § 2 WnBMV bedoelde verslagen van de voogd.

Het is onduidelijk wat het bestuurlijke toezicht van de Dienst Voogdij concreet inhoudt en hoe dit bestuurlijke toezicht zich verhoudt tot het vrederechterlijke toezicht (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 88, nr. 222).

882 De vrederechter kan op verzoek van de minderjarige, van de voogd, van iedere andere belanghebbende of zelfs ambtshalve oordelen over twistpunten tussen de voogd en de minderjarige betreffende zijn persoon of zijn goederen (art. 20 WnBMV). Op verzoek van dezelfde personen of ambtshalve kan de vrederechter de opdracht van de voogd beëindigen wanneer deze in gebreke blijft om zijn opdracht met de nodige zorg te vervullen of in geval van ernstige meningsverschillen met de minderjarige.

Zodra de vrederechter het verzoekschrift heeft ontvangen, vraagt hij de stafhouder van de Orde van Advocaten of het Bureau voor Juridische Bijstand om ambtshalve en onverwijld een advocaat aan te wijzen voor de minderjarige.

De vrederechter doet uitspraak na de minderjarige, zijn advocaat, de voogd en iedere andere persoon wiens verhoor hij nuttig acht, te hebben gehoord.

Binnen vierentwintig uur geeft de griffier bij gerechtsbrief kennis van de beschikking tot beëindiging van de taak van de voogd aan de Dienst Voogdij, die onmiddellijk een nieuwe voogd aanwijst.

Ingeval het verzoekschrift in voormelde zin bij de vrederechter aanhangig wordt gemaakt, brengt de griffier de minderjarige, de Dienst Voogdij en de betrokken overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en zo nodig, alle andere betrokken overheden, hiervan binnen vierentwintig uur per gerechtsbrief op de hoogte (art. 21 WnBMV).

De Dienst Voogdij wijst een voogd *ad hoc* aan die het ambt van voogd uitoefent tot de uitspraak van de beschikking van de vrederechter.

Zodra de beschikking is uitgesproken, geeft de griffier hiervan bij gerechtsbrief kennis aan de vermelde overheden.

883 De vrederechter kan te allen tijde de procureur des Konings verzoeken een maatschappelijk onderzoek te laten verrichten naar de levensomstandigheden van de minderjarige (vgl.: art. 412 B.W.).

§ 8. Beëindiging van de voogdij

884 De voogdij *a parte pupilli* wordt van rechtswege beëindigd (art. 24 § 1 WnBMV):

- wanneer de minderjarige wordt toevertrouwd aan de persoon die op grond van de nationale wet van de minderjarige het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent;
- wanneer de minderjarige achttien jaar wordt;
- in geval van overlijden, ontvoogding, adoptie of huwelijk;
- in geval van verwerving van de Belgische nationaliteit of van de nationaliteit van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte;
- op het tijdstip van de verwijdering van de minderjarige van het grondgebied, dit is als de verwijderingsmaatregel is uitgevoerd en de minderjarige

effectief het grondgebied verlaat (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 2124/015, p. 32-33*).

In afwijking van dit laatste, blijft, wanneer de procedures betreffende de minderjarige nog hangend zijn na zijn verwijdering van het grondgebied, de voogd verder de vertegenwoordiging van de minderjarige verzekeren tot op het einde ervan (art. 24 § 2 WnBMV).

Ook wanneer aan de minderjarige een verblijfsvergunning van onbepaalde duur is afgeleverd (de afgifte van een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister van onbepaalde duur bekomen na bv. de erkenning van het statuut van vluchteling, een regularisatie van het verblijf, een machtiging tot verblijf verleend op grond van gezinshereniging), wordt een einde gesteld aan de opdracht van de voogd (art. 23 WnBMV). Die doet nog wel het nodige met het oog op een gemeenrechtelijke voogdij in de zin van de artikelen 389 en volgende B.W.

Op die manier koppelt de wetgever de voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdeling aan diens verblijfsrechtelijke positie. Blijkbaar ziet de wetgever de WnBMV bovenal als een mogelijkheid om tot een verblijfsrechtelijke regeling te kunnen komen. Dit wordt betreurd (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 90-92, nrs. 232-234). Waar de niet-begeleide minderjarige op basis van de WnBMV wordt vertegenwoordigd door een voogd, en zodoende rechtsgeldig aan het verkeer deelneemt, eindigt de voogdijbescherming van rechtswege zodra de pupil een verblijfsvergunning voor onbepaalde duur verkrijgt. Het verkrijgen van een verblijfsrecht beëindigt de handelingsonbekwaamheid van de minderjarige niet, maar ontnemt hem wel zijn wettelijke vertegenwoordiger, en dit zonder dat in een vlotte overgang naar de gemeenrechtelijke voogdij is voorzien. Het zou beter zijn hier enige continuïteit te garanderen (*Parl. St. Kamer 2002-03, 50 2124/015, p. 32*). Zolang de voogdij is gekoppeld aan het personele statuut van de minderjarige, is het bovendien onduidelijk hoe de Belgische voogdijregels van toepassing kunnen zijn ten aanzien van een niet-begeleide minderjarige vreemdeling (Chr. CASTELEIN, *t.a.p.*, p. 92, nr. 235). Inmiddels biedt het Wetboek van internationaal privaatrecht hier enig soelaas (art. 35), nu dit (te dezen) het nationaliteitscriterium aan belang doet inboeten in verhouding tot de territoriale aanknopng.

In deze gevallen stelt de Dienst Voogdij het einde van de voogdij vast en brengt de voogd, de gewezen pupil, de vrederechter en, indien daartoe grond bestaat, de overheden waarmee de voogd contact had in verband met de betrokken minderjarige hiervan per brief op de hoogte.

885 Daarnaast bestaan de (klassieke) gevallen van beëindiging *a parte tutoris*:

- ingeval van overlijden van de voogd;
- ingeval de voogd vrijwillig ontslag neemt;
- ingeval de voogd door de vrederechter wordt ontzet;
- ingeval de erkenning van de voogd door de Dienst Voogdij wordt ingetrokken.

ZAAKREGISTER

De cijfers verwijzen naar de randnummers.

A

Aankoop

- onroerend goed, 476, 548-554
- roerend goed, 536, 555

Aansprakelijkheid

Zie Verantwoordelijkheid

Aanwas, 472, 552, 604

Administratieve voogdij, 115, 212-213, 863

Adoptie

- door de voogd, 350
- één adoptant, 79, 737, 749
- gerechtelijke onbekwaamverklaring, 180, 495
- gewone stiefouderadoptie, 80-81
- herroeping, 83-84
- instemming, 381
- ouderlijke aanwijzing, 139
- twee adoptanten, 77-78, 737, 749
- volle stiefouderadoptie, 82

Afhaling van geld, 536, 709, 711, 717

Afstamming, 381

Afwezigheid, 61-62, 98, 366, 530

Afzetting, 275-279, 733

Algemeen legaat, 589

Ambtenaar van de burgerlijke stand, 97

Arbitrage, 635, 637-638

B

Bank, 432, 434, 451, 712, 716

Bankrekening, 432, 447-448, 449-450, 461, 536, 709, 711-712, 715, 717

Basisbeschikking

- algemeen, 428, 474, 539
- bank, 432

– beheerskost, 430

– belegging van inkomstsaldo, 431, 536

– beleggingsvoorwaarde, 433-434

– handel, 442

– handelszaak, 445

– herziening, 429, 441, 462

– onderhouds- en opvoedingskost, 430

– pupil, 428-429, 430, 460

– toeziende voogd, 428-429, 460

– voogd, 428-429, 460

– waarborgen, 438

Begeleidingsregeling, 1

Belang van de pupil, 3, 10, 18, 22-23, 89, 107, 158, 166, 168, 176, 179, 181-182, 191, 194, 200-202, 206, 210, 218, 244, 262, 291-292, 315, 318, 332, 337, 337, 380, 405, 434, 469, 471, 486, 499, 501, 507, 510, 514, 520, 523, 527, 535, 610, 616, 626, 628, 634, 638, 646, 677, 687, 707

Belangentegenstelling, 319, 346-350, 355, 360, 367, 585, 654, 685-686, 687-688, 691, 701, 706

Belastingaangifte, 636

Belegging, 431, 432, 446-448, 459, 461

Beleggingsvoorwaarde, 433-435, 452, 453-454, 460

Benoeming, 179, 181-183, 221

Berusting, 631-634

Beslag, 470, 471, 496, 545, 566, 636

Betalingsfaciliteiten, 565, 566

Betwisting

– tussen de pupil en de (toeziende) voogd, 403, 882

– tussen de (toeziende) voogden, 206, 315

– verslag, 752, 767, 791

Bewaargeving, 470

Bezoldiging, 28, 431, 811

Bijstand

- bij het beheer, 24, 295-296, 396-398, 708
- handelszaak, 445, 642
- toeziende voogd, 175, 305, 308, 329, 341, 352, 387, 399, 457, 458
- verslag, 725, 764

Bijzonder legaat

- aanvaarding, 595-597, 692
- afgifte, 636
- verwerping, 600

Boedelbeschrijving

- algemeen, 339, 370, 373, 387, 406, 415-416, 625
- nalatenschap, 583, 587, 589
- notarieel, 407, 409, 410, 412-414, 417, 587, 707
- onderhands, 410, 411, 413, 417, 423
- pupil, 420-421
- sanctie, 425
- summier, 417
- termijn, 424
- toeziende voogd, 370, 373, 419, 425
- voogd, 406, 418

C

Centraal Register der Testamenten, 165

Concurrerende bevoegdheid, 196

Consumentenkrediet, 565

D

Daad van beheer, 384, 469-470, 551, 697

Daad van beschikking, 384, 469-470, 631, 697

Dading, 628, 635-638

Datieve voogdij, 116

Door de ouders opgedragen voogdij

- aanwijzingen, 163

- algemeen, 118-121

- centralisatie, 165, 177

- dringende maatregel, 110, 167, 474

- ernstige reden, 166, 168, 179

- herroepbaar, 122, 142, 153, 155-156

- homologatie, 166, 168, 174, 179, 221

- homologatieprocedure, 169-173

- gezamenlijke aanwijzing, 145-146, 148, 152

- internationaal privaatrecht, 141, 150

- keuzevrijheid, 158

- laattijdigheid, 177-178, 179

- niet-verwekt kind, 140, 152

- ongeborn kind, 140, 152

- organisatie, 164

- ouderlijk gezag, 118, 133-140, 149

- splitsing, 162, 176, 194, 197

- subsidiaire voogd, 160

- testament, 125-128

- tijdsbepaling, 161

- toeziende voogd, 175

- verklaring voor een notaris, 131-132, 147

- verklaring voor de vrederechter, 129-130, 147

- vorm, 123, 143, 147, 154, 157

- voorwaarde, 161

Dringende maatregel, 109-114, 167, 294, 300, 641, 735

Dubbeloptreden, 205

E

Echtscheiding door onderlinge toestemming, 636

Eenheid van voogdij, 727, 735, 746

Eenoudersituatie

- afstamming met een ouder, 49-50
- langstlevende ouder, 46-48
- onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen, 54
- wettelijk onbekend, 51

Eenvoudige brief, 109, 683

Effect, 433-434, 447-448, 534, 713, 877

Einde, 85-87, 214, 322-323, 729, 730, 736, 884-885

Enkelvoudig, 17

Erfdienstbaarheid, 483

Erfgenaam van de voogd

- onbekwaamheid tot ontvangen, 807-809
- verantwoordelijkheid, 21, 290
- verantwoording, 27, 735, 744
- voortzetting van de voogdij, 20, 22-23, 289, 291-293

Erfpacht, 483

Erkenning van vaderszijde, 381

Expertise, 636

F

Faillissement, 531

Familieleden, 37, 171, 183, 186-187, 311-312, 326, 403

Familieraad, 4, 5, 7, 8, 16, 18, 26, 28, 34-36, 40, 88, 90, 93, 94, 104, 116, 117, 120, 185, 190, 224, 265, 268, 273, 276, 282, 285, 311, 318, 325-326, 333, 347, 377-380, 384, 385, 396, 397, 407-408, 427, 430, 431, 435, 436, 443, 450, 455, 478, 480, 541, 548, 557, 563, 581, 584, 599, 611, 620, 637, 640, 660, 661, 667, 668, 698, 699, 710, 720

Forum van ouderlijk gezag, 677

G

Gebruikelijke gift
Zie Gelegenheidsgift

Gedeeltelijke voogdij, 40, 663

Gedingbeslissende eed, 636

Gelegenheidsgift, 776, 782, 806, 810

Gerechtelijke onbekwaamverklaring, 1, 26, 58, 60, 61, 63, 66, 76, 80, 87, 96, 97, 100, 117, 121, 139, 178, 180, 192, 208, 209, 210, 218, 230, 495, 535, 583, 598, 624, 626, 644, 646, 614, 684, 732

Gerechtelijk raadsman, 231, 732

Gezagsinstituut, 1

Griffier, 68, 69, 98, 99, 100, 130, 173, 311, 340, 408, 438, 441, 468, 524, 537, 705, 723, 882

H

Handel, 639

Handelszaak, 444-445, 534, 567, 641-643

Handgift, 489, 490, 553, 594, 595, 692

Herbelegging
Zie Wederbelegging

Herinrichting, 192

Hervatting van het geding, 605, 613

Hoorrecht
Zie Hoorverplichting

Hoorverplichting

- eenieder wiens mening nuttig kan zijn, 171, 186, 380
- familieleden, 171, 186
- pupil, 171, 309, 376, 430, 473, 543, 873
- toeziende voogd, 342

Huur

- algemeen, 387, 571, 573, 630
- beëindiging, 577
- handelshuur, 571, 578-579
- kwijting, 576
- mede-eigendom, 580
- sluiten, 572
- onderhuur, 575
- overdracht van huur, 575
- woninghuur, 571, 574

Huwelijk, 381
 Huwelijksvermogensrechtelijke beschermingsmaatregel, 231
 Huwelijksvermogensstelsel, 636
 Hypothecaire inschrijving, 340, 372, 436-437, 441, 470, 471, 735
 Hypothecaire waarborg, 435, 441, 483, 560, 655
 Hypothecair krediet, 566
 Hypothecair mandaat, 559, 567
 Hypotheekbelofte, 559, 567
 Hypotheekverstrekking, 558

I

Inbreng, 472, 483, 496, 586, 588, 604
 Inhuurneming van goederen van de pupil door de (toezienende) voogd, 319-320, 347, 388, 582, 662
 Inkomsten van de pupil, 401-402, 430, 431, 874
 Inkorting, 593
 Inpandgeving, 483, 567
 Interest, 431, 439, 819-820
 Internationaal privaatrecht

- adaptatie, 828
- bevoegdmakende pleegvormen, 830
- Brussel II-Verordening, 842-843
- Brussel II*bis*-Verordening, 844-853
- Europees, 840-841
- gemeenrechtelijke verwijzingsregel, 827-830
- Verdrag van 12 juni 1902, 831-832
- Verdrag van 19 oktober 1996, 854-860
- Wetboek, 833-839

 Internering, 233
 Inventaris
 Zie Boedelbeschrijving

J

Jeugdbeschermingsmaatregel, 234, 237, 403, 732
 Jeugdrechter, 42, 75, 83-84, 95, 214, 235-236, 317, 342, 380, 539, 682, 685-686, 688, 732, 737, 863

K

Kasbon
 Zie Effect en Waardepapier
 Kennelijk wangedrag, 255-258, 733, 802
 Kennisgeving, 96-101, 173, 215
 Kofferopening, 470
 Kredietopening, 565
 Kredietovereenkomst, 565, 567-570
 Kredietvoorwaarden, 569
 Kwijting, 455, 470, 504, 561, 576, 816-817
 Kwijtschelding van een schuld, 470, 471

L

Landbouwlening, 567
 Landbouwmetaal, 385
 Landbouwonderneming, 320, 347, 388, 547, 567, 578, 641, 658
 Landbouwvoorrecht, 567
 Legaat onder algemene titel, 589
 Lening, 470, 472, 476, 562, 564-565, 570, 830
 Levensverzekering, 541
 Lijfrente, 552

M

Machtiging

- bijzonder, 474, 590
- gevolg, 644
- kosten, 622

- lijst van handelingen, 386, 387, 465, 466-467, 469-471, 646
- procedure, 473, 680-683
- regularisatie, 608, 610, 615, 648-649
- rolrecht, 684
- voorafgaand, 608, 648
- vrederechter, 386, 475-476, 616, 705

Mede-eigendom, 478, 506, 580

Medeondertekening, 341, 352, 387, 458, 504, 536, 644

Meerderjarigheid, 57, 86, 178, 214, 324, 327, 537, 718, 736, 748, 799, 821, 826, 827, 884

Meervoudig, 18-19, 190-191, 203-205, 740

Minnelijke schikking, 636

Minnelijke verdeling, 389, 626-628, 660, 679

N

Nalatenschap

- aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving, 527, 586-588, 703-705
- algemeen, 591, 702
- handelszaak, 641
- klein, 320, 347, 388, 547, 657
- onregelmatige aanvaarding, 583
- onroerend goed, 526, 529, 670, 676
- *ultra vires*, 583, 703
- verdeling, 627
- verwerping, 586, 588, 589, 592

Niet-begeleide minderjarige vreemdeling

- algemeen, 861-862
- Dienst Voogdij, 865
- einde, 884-885
- procedure, 867
- Programmawet van 24 december 2002, 864

- toepassingsgebied, 866
- toezicht, 880-883
- voogd, 868-879

Nietigheid

- bevestiging, 646, 648
- rechtens, 647
- regularisatie, 608, 610, 615, 648-649
- relatief, 597, 610-611, 646, 648
- terugwerkende kracht, 647

O

Omzetting van vruchtgebruik, 389

Onbekwaamheid, 159, 218-221, 225, 317, 325, 327, 733, 767, 802

Onbekwaamheid tot ontvangen, 321, 777, 782-810

Onbeschikbare gelden

- beslissing van de familieraad, 541
- nalatenschap, 541
- rechterlijke beslissing, 537-539

Onbezoldigd, 28, 211, 811

Onderhoudsverplichting, 402, 874

Onrechtstreekse schenking, 489, 553, 594, 595, 692

Onteigening, 496

Ontlasting, 210, 316, 802

Ontrouw, 192, 259-266, 733, 802

Ontslag van ambtshalve inschrijving, 505

Ontstaan

- begrip, 38
- adoptie door twee adoptanten, 77
- algemeen, 43
- adoptie door één adoptant, 79
- begrip, 38
- gewone stiefouderadoptie, 80
- herroeping van de adoptie, 84
- volle stiefouderadoptie, 82

Ontvoogding

- algemeen, 86, 96, 214, 227, 229, 231, 282, 324, 381, 715, 717, 737, 748, 815, 827, 838, 884
- intrekking, 1, 56-57, 101
- procedure, 342-343, 381, 871, 873
- schenking, 776, 806, 810

Ontzegeling, 406

Ontzetting, 159, 192, 231, 243-251, 254, 286, 318, 325, 327, 336, 343, 365, 733, 767, 802

Ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten, 280-284, 733

Onverdeeldheid, 603-604

Onverplicht, 25-27, 120, 172, 208-209, 314

Onvoorzienbaar kapitaal, 456

Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, 212, 214-217, 313, 863

Openbaar ministerie, 3, 10, 34, 42, 66, 84, 95, 98, 100, 101, 103, 173, 184, 210, 211, 217, 286, 318, 334, 362, 403-404, 456, 473, 501, 539, 608, 611, 613, 619, 623, 630, 646, 681, 682, 687-688, 733

Openbare orde, 14-15, 611, 739

Openvallen, 38, 364, 365

Opheffing van een hypothecaire waarborg, 561

Opstal, 483

Optreden in rechte

- advocaat, 617
- als eiser, 608
- als verweerder, 607, 613
- ambtshalve opgeworpen sanctie, 609-611
- betekening, 618
- burgerlijke partijstelling, 608, 613, 619, 623, 630, 699
- cassatie, 614
- hoedanigheid, 605, 610-611
- hoger beroep, 612, 631
- mede-eigendom, 629
- minnelijke verdeling, 626-628
- ouder, 700-701

- persoon van de pupil, 621
- proceshandeling, 615
- rechtsmiddel, 612-615, 618, 631
- regularisatie, 608, 610, 615, 648-649
- tegenvordering, 607
- tenuitvoerlegging, 618
- tussenvordering, 612
- vermogen van de pupil, 621
- verzegeling, 624

Ouderlijk gezag

- aanwijzing van een voogd, 118, 133, 149
- belangentegenstelling, 685-686, 687-688, 701, 706
- controle van de ene ouder, 41-42, 697
- eenouderssituatie, 46-50, 693, 695-696
- exclusief, 666, 682, 695-696
- gezamenlijk, 665, 682, 693-694, 698
- ontzetting, 75, 235-236
- verantwoordelijkheid, 541, 650, 697, 718
- vormvereiste, 667-668

Ouderlijk goederenbeheer

- link met de voogdij, 478-479, 500, 664, 668, 684, 693, 698, 709
- machtiging, 478, 668

Ouderlijk vruchtgenot, 537, 715, 717

Ouderlijke boedelverdeling, 589, 692

Overdracht van een schuldvordering, 319, 652

Overgangsbepaling, 192, 541

Overleg, 203-205

Overlijden

- pupil, 86, 214, 737, 750, 826
- toeziende voogd, 327
- voogd, 23, 289-290, 294, 297, 727, 734, 742, 759, 885

P

Pacht, 571, 578

Personen die niet de vrije beschikking over hun goederen hebben

- geestesgestoorde, 230-233
- minderjarige, 227-229

Persoon van de pupil, 376-377, 380, 382, 621, 663, 871

Persoonlijk contact, 48, 335, 837, 854, 872

Pleegvoogdij, 381

Poging tot minnelijke schikking, 566

Procesbekwaamheid, 606

Procesdossier

Zie Voogdijdossier

Pupil, 1

R

Rechtsgeding tegen de pupil, 267-274, 733

Rechtsoptolger

Zie Erfgenaam van de voogd

Rechtspersoon, 23, 159, 242, 293, 834, 846

Relatieve nietigheid, 15, 495, 597, 610-611, 646, 648, 687, 771, 779, 792

Reparatiewet, 2, 699-701

Reserve, 15, 493, 593, 715

Ruil, 472, 483, 497, 656

S

Saldo, 818, 820

Sanctie

- machtigingsvereiste, 645
- onbekwaamheid tot ontvangen, 779-781, 792, 799
- regels inzake de voogdij, 16

Schenking

- aan de voogd, 493, 782
- aanvaarding, 594-597
- aanvaarding door ascendenten, 601-602, 690-692
- door de pupil, 493-494, 776
- door de voogd, 487-489, 494

- gerechtelijke onbekwaamverklaring, 495

- verlengde minderjarigheid, 495

- verzaking, 598

Schriftelijk verzoek

Zie Eenvoudige brief

Schuld van de pupil, 422-423, 536

Schuldvordering van de pupil, 439, 711, 789

Slotrekening

Zie Einde en Verslag

Sociale wetgeving, 401, 630

Splitsing, 18, 162, 176, 181, 190-191, 193, 195-197, 198-199, 201-202, 211, 315, 376, 381, 438

Staat van de persoon, 381, 619-620, 873

Sterkmaking, 554

T

Tegenwerpbaar, 610, 645

Testament

- aan de voogd, 493, 777, 782

- door de pupil, 493-494, 776

- door de voogd, 491, 494

- gerechtelijke onbekwaamverklaring, 495

- verlengde minderjarigheid, 495

Testamentaire voogdij, 116-117

Toezicht, 102-103, 330-336, 338, 339, 880-881

Toeziende voogd

- basisbeschikking, 428-429

- begrip, 302-306

- benoeming, 285, 307, 327

- bevoegdheid, 328-329

- boedelbeschrijving, 370, 373, 419

- onbekwaamheid, 218-221, 223, 317, 319, 327

- onbekwaamheid tot ontvangen, 800

- ontlasting, 316, 327

- ontzetting, 243-251, 253-254, 318, 327, 336
- overlijden, 327
- taak, 328-329
- uitsluiting, 243-251, 253-254, 318, 327
- verantwoordelijkheid, 31-32, 298, 340, 368-374, 393-394, 403, 425, 441, 813
- vervanging van de voogd, 298, 344-345, 351, 363, 364, 369
- Toeziende voogd *ad hoc*, 302, 305-306, 351, 355, 360, 361, 660, 749, 801
- Toeziende voogdij
 - door de ouders opgedragen, 175
 - einde, 322-323
 - splitsing, 176, 200, 315
- Tontine, 552

- U**

- Uitonverdeeldheidtredding, 515, 620, 628, 679
- Uitsluiting, 159, 231, 243-251, 254, 318, 325, 327

- V**

- Veestapel, 385
- Vennootschap, 470, 642
- Verantwoordelijkheid
 - notaris, 583, 650
 - ouder, 541, 650, 697, 718
 - toeziende voogd, 31-32, 298, 340, 368-374, 393-394, 403, 425, 441, 813
 - voogd, 29-30, 32-33, 285, 390-392, 394-395, 400, 430, 435, 650, 812, 874-875
- Verantwoording, 386, 431, 541, 555, 640, 643, 697, 718, 719, 727, 738-767, 768, 876-879
- Verblijfplaats, 10, 52, 60, 89, 91, 93, 97, 104, 107, 170, 214, 673, 674, 834
- Verboden handeling, 388, 469, 632, 651-653, 656, 703, 774, 789
- Vereniging van Belgische Steden en Gemeenten, 215
- Verjaring, 374, 646, 821-822, 825-826
- Verklikking, 334
- Verkoop
 - roerend goed, 534-535
 - onroerend goed, 503, 506-525, 677-678, 830
 - openbaar, 498-500, 534, 552, 653
 - uit de hand, 500-502, 510-511, 523, 525, 535
- Verkrijging van goederen van de pupil door de (toeziende) voogd, 320, 347, 388, 547, 653-654
- Verkwister, 231
- Verlengde minderjarigheid, 1, 55, 58, 60, 61, 64, 76, 79, 87, 96, 97, 139, 149, 184, 192, 226, 230, 266, 376, 495, 684, 732
- Vermogensbeheerder, 434, 463, 714
- Vermomde schenking, 489, 594, 595, 692
- Verslag
 - balans, 753, 784
 - bedrog, 817, 824
 - eenvormige regels, 723, 728, 763
 - einde, 437, 729, 738, 879
 - goedkeuring, 724, 757, 761, 771, 814-816
 - herziening, 823
 - jaarlijks, 722, 728, 878
 - kosten, 765-767
 - ouder, 718
 - overeenkomst, 771-774, 785, 825
 - overhandiging, 760, 817
 - persoon van de pupil, 372, 376, 876
 - termijn, 759, 817
 - uitgaven, 754-755
 - valsheid, 817
 - vermogen, 372

- volledig, 755-756, 784
- Vertrouwenspersoon, 96, 168, 304, 307, 308, 721
- Vervreemding
 - afwezigheid, 530
 - algemeen, 472, 481, 717
 - begrip, 483
 - compromis, 484
 - door de wet opgelegd, 496
 - faillissement, 531
 - familieraad, 541
 - geblokeerde gelden, 540, 541, 710
 - nalatenschapsgoed, 526, 529, 541
 - onbruikbare voorwerpen, 546
 - onroerend goed, 384, 476, 503
 - persoonlijke voorwerpen, 542, 544
 - roerend goed, 385, 427, 533, 709
 - souvenirs, 542, 544
 - speelgoed, 544
 - verkoopbelofte, 485
 - voorlopig bewind, 532
- Verzegeling, 406, 624
- Verzekering, 387, 441, 470, 874
- Volheid van bevoegdheden, 384, 386, 464, 561, 694, 718
- Voogd
 - aanwijzing door de ouder(s), 118-124
 - basisbeschikking, 428-429
 - benoeming, 179, 181-183
 - onbekwaamheid, 218-221, 222, 325, 365, 802
 - ontzetting, 243-251, 252, 254, 325, 343, 365, 733, 767, 802
 - uitsluiting, 243-251, 252, 254, 325, 365
 - verantwoordelijkheid, 29-30, 32-33, 285, 390-392, 394-395, 400, 430, 435, 650, 812, 874-875
 - vervanging, 112, 207, 214, 297-301, 325, 367, 726, 735, 745, 803-805

- Voogd *ad hoc*, 302, 306, 355, 361, 585, 654, 660, 687-689, 701, 706, 749, 801
- Voogdij
 - begrip en definitie, 1
 - einde, 85-87
 - kenmerken, 14-37
 - ontstaan, 38-43, 77, 79, 80, 82
- Voogdijdossier, 96, 124, 173, 421, 426, 722, 728, 751
- Voogdijforum
 - begrip, 90
 - overbrenging, 107-108
 - principieel onveranderlijk, 104-106
- Voogdijrekening
 - Zie Verslag
- Voogdijwet, 2
 - modernisering, 8-13
 - optiek, 3-7
- Voorlopig bewind, 9, 10, 24, 28, 29, 36, 66, 67, 70, 71, 89, 93, 96, 104, 107, 138, 179, 185-186, 196, 208, 210, 226, 230, 231, 281, 288, 295, 304, 307, 387, 390, 396, 401, 410, 414, 431, 436, 440, 462, 467, 470, 471, 472, 475, 477, 482, 483, 489, 494, 499, 505, 509, 511, 522, 525, 528, 532, 533, 534, 535, 542, 548, 561, 571, 583, 584, 595, 598, 599, 603, 607, 608, 609, 619, 621, 626-628, 629, 630, 633-634, 642, 647, 654, 683, 688, 704, 721, 723, 725, 731, 732, 776, 799, 811
- Voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen,
 - afdoende bewijs, 61-64
 - afwezigheid, 61-62
 - algemeen, 53-55, 226
 - blijvend, 74
 - feitelijk bewijs, 65-76
 - ontzetting uit het ouderlijk gezag, 75
 - openbaar ministerie, 66
 - opheffing, 69, 737
 - rechterlijke vaststelling, 58-60, 65, 68, 76, 99

- toepassingsgeval, 61, 70-73
- verzoekschrift, 67
- voorlopige bewindvoerder, 66
- voortdurend, 74
- Voorzitter in kort geding, 114, 359, 606, 616, 688
- Vrederechter
 - algemeen, 88-89
 - basisbeschikking, 428-429
 - beleggingsvoorwaarde, 433, 452, 453, 460, 462
 - boedelbeschrijving, 425
 - conflict tussen de pupil en de (toeziende) voogd, 405
 - dringende maatregel, 109-110, 113
 - handelszaak, 445, 642
 - homologatie, 166, 168
 - inlichtingen, 468
 - machtigingsbevoegdheid, 475-476, 616, 705
 - materiële bevoegdheid, 95, 669
 - minnelijke verdeling, 628
 - onbekwaamheid, 218
 - ontzetting, 248, 274, 286-288
 - ouderlijk gezag, 669
 - ouderlijke aanwijzing, 129-130
 - territoriale bevoegdheid, 52, 90-94, 170, 477, 508, 520, 670-679
 - toezicht, 102-103
 - toeziende voogd, 308, 310, 313
 - toeziende voogd *ad hoc*, 305, 353, 359, 362
 - uitsluiting, 248, 274
 - verantwoording, 386
 - verkoop uit de hand, 501
 - verslag, 724, 760-761, 769-770, 815
 - vervanging, 297
 - voogd *ad hoc*, 359, 362
 - waarborg, 440-441
- Vrijheidsberoving, 233, 242, 733
- Vruchtgebruik, 389, 483

W

- Waarborg, 375, 435, 438, 454, 462, 502, 762
- Waardepapier, 433-434, 447-448, 713, 877
- Wangedrag, 259-265
- Wederbelegging, 461, 470, 472, 711
- Wetboek van internationaal privaatrecht
 - algemene bepalingen, 834
 - internationale bevoegdheid, 836-837
 - onbekwaamheid, 837, 839
 - ontwikkelingen, 833
 - ouderlijk gezag, 837, 839
 - personeel statuut, 836, 838
 - personen- en familierecht, 835-836
 - voogdij, 837, 839
- Wettelijk onbekend, 51
- Wettelijk onbekwame strafrechtelijk veroordeelde, 238-242
- Wettelijke onbekwaamverklaring, 73, 238-242, 732
- Wettelijke voogdij, 116-117, 180
- Wetten van 27 maart en 29 april 2001, 2
- Wettige reden, 210, 214, 219, 231, 365, 731
- Wet van 13 februari 2003, 2
- Woonplaats
 - ouder, 59, 123, 129, 143, 147, 150, 154, 157, 671
 - pupil, 10, 52, 89-91, 93, 97, 104-105, 107-108, 170, 173, 184, 204, 214, 671, 673
 - Wetboek van internationaal privaatrecht, 834
- Willige rechtsmacht, 92, 514, 518, 670, 836

Z

- Zwakzinnige, 231