



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Leeuw, A.E. de

Citation

Leeuw, A. E. de. (2020, October 1). *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/137098>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/137098>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/137098> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Leeuw, A.E. de

Title: Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Issue Date: 2020-10-01



6

Testamentair bewind

6 Testamentair bewind

6.1 Algemeen

Over goederen die geschonken of nagelaten worden kan een bewind ingesteld worden.³² De wet definieert daarbij niet wat een bewind is; de parlementaire geschiedenis geeft aan dat dit voldoende kenbaar zou moeten zijn uit de rechtsgevolgen van het bewind.³³ Voorts omschrijft de parlementaire geschiedenis een bewind als een verband op goederen. Als zodanig is het bewind onafhankelijk van de bewindvoerder: het kan op de goederen rusten voordat de beoogde bewindvoerder zijn functie aanvaardt en blijft ook daarop rusten indien de bewindvoerder defungeert.³⁴ De rechtsgevolgen zullen per bewind verschillen, omdat deze deels afhankelijk zijn van de persoon of personen in wiens belang het bewind is ingesteld (zie hierna) en voorts omdat de insteller de mogelijkheid heeft om de verplichtingen en bevoegdheden van de bewindvoerder nader te regelen bij uiterste wil.³⁵

Kern van het bewind is evenwel dat de rechthebbende in beginsel het beheer verliest over de goederen waarop het bewind rust; dit komt toe aan de bewindvoerder.³⁶ Aangezien het bewind op de goederen rust en niet op de rechthebbende, wordt de rechthebbende evenwel niet handelingsonbekwaam als gevolg van het bewind, maar heeft dit slechts tot gevolg dat hij in beginsel de onderbewindgestelde goederen niet zelfstandig kan beheren of daarover kan beschikken.³⁷ In geval van een bewind dat uitsluitend of mede in het belang van de rechthebbende is ingesteld heeft het bewind tevens tot gevolg dat de onderbewindgestelde goederen slechts uitgewonnen kunnen worden voor bepaalde schulden, zoals schulden in verband met die goederen.³⁸ De crediteuren die de rechthebbende al had op het moment van zijn verkrijging kunnen zich dus niet verhalen op de onderbewindgestelde goederen. In dit opzicht kan het

32 Artikel (7:182 lid 1 jo.) 4:153 lid 1 BW. Artikel 7:182 lid 2 BW bepaalt dat een schenkingsbewind dezelfde gevolgen heeft als een bij uiterste wilsbeschikking ingesteld bewind. Tenzij bij de instelling anders is bepaald, omvat het bewind ook de goederen die in de plaats komen van goederen die onder het bewind staan, alsmede vruchten en andere voordelen van deze goederen, zolang deze vruchten niet zijn uitgekeerd aan degene die daar recht op heeft (artikel 4:154 BW).

33 C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*; boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Kluwer Deventer 1981, pagina 468.

34 *Parlementaire geschiedenis BW* boek 3, pagina's 468 en 492. Zie voorts artikel 4:153 lid 2 BW, dat bepaalt dat het bewind in beginsel aanvangt bij het overlijden van de insteller.

35 Artikel 4:171 lid 1 BW.

36 *Parlementaire geschiedenis BW* boek 3, pagina's 474 en 492. Vergelijk voorts G. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*; invoeringswet boek 4, Erfrecht, Kluwer Deventer 2003, pagina 2078: "Bewind betekent vóór alles: beheer".

37 Vergelijk Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, punt 445. De bevoegdheden van de rechthebbende worden nader besproken in paragraaf 6.3.

38 Artikel 4:175 BW. Artikel 4:176 BW bepaalt dat de onderbewindgestelde goederen wel uitgewonnen kunnen worden voor andere schulden bij een bewind uitsluitend in het belang van een ander dan de rechthebbende of in een gemeenschappelijk belang, maar dan slechts onder de last van het bewind.

bewind dus meer bescherming bieden dan bijvoorbeeld certificering, aangezien in het laatste geval de certificaten zelf verhaalsobject kunnen zijn.³⁹

Het bewind kan in het belang van verschillende personen ingesteld zijn:⁴⁰

- uitsluitend in het belang van de rechthebbende, bijvoorbeeld omdat deze niet zelf in staat is om de onderbewindgestelde goederen te beheren (een beschermingsbewind);
- een bewind in het belang van een ander dan de rechthebbende, zoals een bewind op een vruchtgebruik in het belang van de hoofdgerechtigde (een conflictbewind); en
- een bewind in het gemeenschappelijke belang van zowel de rechthebbende als een of meer anderen, bijvoorbeeld met oog op een soepele verdeling van de nalatenschap.

Het bewind kan ook een combinatie van deze vormen zijn, indien het gericht is op de bescherming van verschillende belangen.⁴¹ Aangezien afhankelijk van het belang dat door het bewind gediend wordt de rechtsgevolgen daarvan verschillen, bijvoorbeeld in de bevoegdheden van de rechthebbende en de bewindvoerder⁴² of in de wijze waarop het bewind eindigt⁴³, is van belang dat de insteller goed vastlegt welk belang dit betreft.⁴⁴ Aangezien mijn onderzoek zich richt op bewind als beschermingsfiguur, ga ik bij het navolgende uit van een beschermingsbewind. Hierbij richt ik mij op de wijze waarop bewind als beschermingsfiguur fungeert, alsmede de geschiktheid van het bewind als instrument om langdurig zeggenschap en economisch belang van elkaar te scheiden.⁴⁵

6.2 Wijze van beperking zeggenschap

De wijze waarop het testamentair bewind zeggenschap en belang scheidt, is neergelegd in de regeling van de artikelen 4:166 e.v. BW. Deze regeling houdt allereerst in dat de

39 Los overigens van de vraag wat de waarde hiervan is, indien sprake is van niet- of beperkt royeerbare certificaten (zie paragraaf 7.14.4).

40 Zie ook Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2078.

41 Parlementaire geschiedenis boek 3, pagina 477 en Parlementaire geschiedenis Inv. boek 4, pagina 2079.

42 Zie artikelen 4:167 en 4:169 BW.

43 Zie artikelen 4:177 – 4:181 BW.

44 Artikel 4:155 BW geeft bovendien een aantal vermoedens te dier zake, met als hoofdregel dat het bewind vermoed wordt te zijn ingesteld in het belang van de rechthebbende (lid 1). Deze vermoedens kunnen evenwel weerlegd worden door een uitdrukkelijke bepaling dienaangaande in het testament (zie Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2089).

45 Voor een beschrijving van de overige aspecten van bewind zij verwezen naar literatuur die dieper op het testamentair bewind ingaat, zoals Asser/Perrick 4 (2017), hoofdstuk 17, Handboek Erfrecht (2020), B.M.E.M. Schols, hoofdstuk XV en F.J.W.M. Schols, Testamentair bewind naar nieuw erfrecht, in: Bewind en aan bewind verwante vormen, preadvies KNB, Koninklijke Vermande Lelystad 2004.

rechthebbende slechts zelfstandig bevoegd is tot handelingen die dienen tot gewoon onderhoud van de goederen die hij in gebruik heeft, alsmede tot handelingen die geen uitstel kunnen lijden. Voor het overige komt het beheer over de onderbewindgestelde goederen uitsluitend toe aan de bewindvoerder.⁴⁶ Voorts is bij een beschermingsbewind de rechthebbende slechts met medewerking of toestemming van de bewindvoerder bevoegd tot andere dan de hiervoor genoemde handelingen.⁴⁷ Niettemin is sprake van een beperkte mate van derdenbescherming, welke echter niet zover strekt dat een derde te goeder trouw nakoming van een verbintenis tot vervreemding of bezwaring van een onder bewind staand goed kan vorderen.⁴⁸

De bevoegdheden van de bewindvoerder zijn evenmin onbeperkt, althans in de basisregeling waarin de wet voorziet, aangezien deze op zijn beurt in beginsel toestemming van de rechthebbende, dan wel een machtiging van de kantonrechter, nodig heeft voor andere handelingen dan gewoon onderhoud of die geen uitstel kunnen lijden.⁴⁹ De erflater kan de bevoegdheden van de bewindvoerder evenwel verruimen (of beperken)⁵⁰ en de bewindvoerder op deze wijze alsnog de mogelijkheid geven om te beschikken over de onderbewindgestelde goederen zonder medewerking van de rechthebbende en zonder machtiging van de kantonrechter.⁵¹

De rechthebbende is aansprakelijk voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die de bewindvoerder als zodanig in naam van de rechthebbende verricht, zij het dat de rechthebbende onder bewind staande goederen kan aanwijzen die verhaal bieden. Voor zover dit voldoende is, kunnen zijn overige goederen niet uitgewonnen worden voor de desbetreffende schulden.⁵² Omgekeerd kunnen de onder bewind staande goederen slechts voor bepaalde schulden uitgewonnen worden, zoals schulden van de nalatenschap en schulden die met de desbetreffende goederen verband houden.⁵³

Bij het beschermingsbewind wordt de scheiding tussen zeggenschap en belang derhalve niet zozeer aangebracht door de juridische eigendom in handen van een ander dan de rechthebbende te brengen, maar door de bevoegdheden van de rechthebbende ter zake van zijn eigen goederen in belangrijke mate te beperken. Daarnaast wordt binnen het vermogen van de rechthebbende een afgescheiden vermogen gecreëerd, waarop de “reguliere” schulden van de rechthebbende in beginsel niet verhaald kunnen worden.

46 Artikel 4:166 BW.

47 Artikel 4:167 lid 1 BW.

48 Artikel 4:168 BW.

49 Artikel 4:169 BW.

50 Artikel 4:171 lid 1 BW.

51 Vergelijk Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2132.

52 Artikel 4:174 BW.

53 Artikel 4:175 BW.

6.3 Beheersregeling bij testamentair bewind

De wettelijke regeling van het testamentair bewind kent een beheersregeling⁵⁴ in de vorm van een aantal bepalingen die de verhouding tussen de rechthebbende en de bewindvoerder regelen in termen van aansprakelijkheid van de bewindvoerder en de mogelijkheid om deze te laten vervangen als hij tekort schiet in de vervulling van zijn taak. Zo is de bewindvoerder verplicht om, in beginsel jaarlijks en aan het einde van zijn bewind, rekening en verantwoording af te leggen aan de rechthebbende en in voorkomend geval aan zijn opvolger.⁵⁵ De bewindvoerder kan bovendien aansprakelijk zijn jegens de rechthebbende. Dit is het geval indien hij in de zorg van een goed bewindvoerder tekort is geschoten, tenzij hij kan aantonen dat deze tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.⁵⁶ Het bewindvoederschap eindigt onder meerdere omstandigheden, waaronder ontslag door de kantonrechter. Het verzoek hiertoe kan onder meer gedaan worden door de rechthebbende. In dat geval zijn gewichtige redenen voor het ontslag vereist.⁵⁷

De wet voorziet derhalve in een regeling die de verplichtingen van de bewindvoerder afbakt en ook de rechthebbende een mogelijkheid biedt om de bewindvoerder te laten vervangen. Hiermee creëert de wet een zeker evenwicht tussen de belangen van de rechthebbende en van het belang dat door het bewind gediend wordt door de bewindvoerder (en tot op zekere hoogte ook het belang van de bewindvoerder zelf). Voorts kan de insteller op dit punt nadere invulling geven aan de positie van de bewindvoerder, omdat hij diens bevoegdheden en verplichtingen ruimer, maar ook beperkter, kan vaststellen dan uit de wet voortvloeit.⁵⁸ Hiermee kan de insteller het bewind nader toespitsen op hetgeen hij hiermee precies voor ogen heeft en ook in het evenwicht tussen rechthebbende en bewindvoerder de positie van de bewindvoerder, of juist van de rechthebbende, versterken.

6.4 Geschiktheid als beschermingsfiguur: beëindiging van het testamentair bewind

De wet geeft een aantal algemene gronden voor de beëindiging van een testamentair bewind, die dus ook voor andere vormen dan het beschermingsbewind gelden. Dit betreft (i) het verstrijken van de termijn waarvoor het bewind was ingesteld en (ii) verwerping van de nalatenschap of het legaat waarbij de onderbewindgestelde goederen zijn vermaakt, althans indien het door het bewind gediende belang met deze verwerping

54 Zie hoofdstuk 1 voor een beschrijving van de kenmerken waar een evenwichtige beheersregeling naar mijn mening aan moet voldoen.

55 Artikel 4:161 BW.

56 Artikel 4:163 BW.

57 Artikel 4:164 BW.

58 Artikel 4:171 lid 1 BW.

vervalt.⁵⁹ Deze regeling is bovendien niet limitatief: het bewind kan bijvoorbeeld ook eindigen door de vervulling van een ontbindende voorwaarde.⁶⁰ Daarbij zou gedacht kunnen worden aan het bereiken van een bepaalde leeftijd door de rechthebbende of het verstrijken van een bepaalde termijn⁶¹. Daarnaast zal het bewind, gezien de koppeling met de onderbewindgestelde goederen, eindigen als deze tenietgaan en daarvoor niets in de plaats komt.⁶² Een beschermingsbewind eindigt bovendien ook door het overlijden van de rechthebbende.⁶³ Voorts kan een beschermingsbewind worden opgeheven door de rechtbank.⁶⁴

- op verzoek van de bewindvoerder (i) in geval van onvoorziene omstandigheden of (ii) als aannemelijk is dat de rechthebbende de onderbewindgestelde goederen zelf op verantwoorde wijze kan besturen;
- door de rechthebbende zelf, indien (i) vijf jaar verstreken zijn na het overlijden van de insteller én (ii) hij aannemelijk kan maken de onderbewindgestelde goederen zelf op verantwoorde wijze te kunnen besturen⁶⁵.

De rechter kan indien hij het verzoek om opheffing van het bewind afwijst desverzocht ook de regels van het bewind wijzigen, al dan niet onder voorwaarden. Het behoeft weinig toelichting dat indien het langdurig scheiden van economisch belang en juridische zeggenschap het doel van het bewind is, deze regeling met zich kan brengen dat dit doel niet bereikt wordt. De kans dat het bewind voortijdig beëindigd wordt is immers aanmerkelijk. Dit geldt des te meer als men in gedachten houdt dat, althans naar de tekst van artikel 4:178 lid 2 BW, de vijfjaarstermijn begint te lopen op het moment dat de erflater overlijdt. Er is geen uitzondering voorzien voor de situatie dat de rechthebbende minderjarig is, terwijl in dat geval een opvolging

59 Artikel 4:177 BW.

60 Zie Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 557-558, bij artikel 3.6.2.4a lid 2, waarnaar verwezen wordt door Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2144. Vergelijk voorts Asser/Perrick 4, 2017/758 (referentie aldaar bevat mijns inziens een onjuistheid), waar ook de mogelijkheid genoemd wordt om aan de bewindvoerder een (geclausuleerde) bevoegdheid tot beëindiging van het bewind te geven.

61 Dit laatste is uiteraard een tijdsbepaling en geen voorwaarde.

62 Een vervangende schadevergoeding zal bijvoorbeeld gezien artikel 4:154 BW onder het bewind komen.

63 Artikel 4:178 lid 1 BW. Als de rechthebbende een rechtspersoon is, eindigt het bewind door ontbinding door de rechtspersoon of door opzegging door de rechtspersoon, indien 30 jaar verstreken zijn na het overlijden van de insteller.

64 Artikel 4:178 BW.

65 Dit is een strengere toets dan die van het in paragraaf 6.5.3 te bespreken artikel 4:75 lid 1 sub a BW, aangezien voor artikel 4:178 lid 2 BW vereist is dat de rechthebbende de goederen *zelf* verantwoord kan besturen, terwijl voor artikel 4:75 lid 1 sub a BW volstaat dat de rechthebbende in staat is om te voorzien in het beheer door een ander. Rechtbank Amsterdam geeft aan deze eis de invulling dat het bewind geen goede zin meer heeft (rechtbank Amsterdam 25 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3827). Deze opheffingsmogelijkheid bestaat overigens ook voor een schenkingsbewind, vergelijk artikel 7:182 lid 2 jo. 4:178 lid 2 BW.

van minderjarigenbewind en testamentair bewind zeker wenselijk zou zijn,⁶⁶ of de mogelijkheid dat de erflater bepaald heeft dat het bewind op een later moment in werking treedt dan zijn overlijden.⁶⁷

F.J.W.M. Schols bespreekt de mogelijkheid om te “spelen” met de strekking van het bewind en aldus de houdbaarheid daarvan te verlengen.⁶⁸ Indien het bewind (mede) een andere strekking heeft dan de bescherming van de rechthebbende, zou artikel 4:178 lid 2 BW niet van toepassing zijn. Wel dient sprake te zijn van een reëel, te beschermen, belang, omdat zijns inziens sprake is van *substance over form*. Schols verwijst in dit verband ook naar de suggestie van Ebben om dit belang te creëren door middel van een fidei-commissaire making, waarbij het bewind (mede) het belang van de verwachter beschermt. Schols ziet hierbij echter, naar mijn mening terecht, een aantal bezwaren: (i) de making wordt anders, aangezien de verwachter wel een reëel te beschermen belang moet krijgen, (ii) voor zover het bewind niet in het belang van de verwachter strekt, is opheffing op grond van artikel 4:178 lid 2 BW nog steeds mogelijk en (iii) voor zover het bewind in het belang van de verwachter is biedt artikel 4:179 lid 1 BW de mogelijkheid voor de rechthebbende en de verwachter om het met een gemeenschappelijk besluit op te heffen. Door een andere strekking aan het bewind te geven, haalt men derhalve nieuwe, wellicht niet gewenste elementen binnen om een te beschermen belang van een ander te creëren, terwijl nog steeds geen sprake is van zekerheid dat het bewind langdurig in stand blijft. Dit lijkt mij derhalve geen begaanbare weg. Schols concludeert overigens tot certificering als alternatief om dit resultaat wel te bereiken.

Samenvattend maakt de regeling van artikel 4:178 lid 2 BW het bewind naar mijn mening ongeschikt als beschermingsfiguur, omdat het langdurig voortbestaan van de door het bewind geboden bescherming te onzeker is. Daarbij merk ik tevens op dat het beschermingsbewind in vergelijking tot certificering en trustachtige figuren relatief beperkt is in de tijd, aangezien het tevens gekoppeld is aan het leven van de rechthebbende, hetgeen overigens gezien de achtergrond van een dergelijk bewind een logische bepaling is.

Gezien deze mogelijkheid voor de rechthebbende om na vijf jaar om opheffing van het bewind te verzoeken, legt de wetgever in de afweging tussen het belang van de rechthebbende en dat van de insteller de nadruk op het belang van de rechthebbende, hetgeen ook past bij de beschermingsgedachte achter dit bewind. Indien de rechthebbende aannemelijk kan maken dat hij deze bescherming niet nodig heeft, verliest het bewind vanuit dit perspectief zijn functie. De insteller kan echter behoefte

66 In de literatuur is ook wel bepleit om in dit geval het testamentaire bewind pas te laten ingaan op het moment dat de rechthebbende 18 jaar wordt, maar de wettekst biedt geen aanknopingspunt voor deze interpretatie. Zie bijvoorbeeld Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, nr. 331, Asser/Perrick 4, 2017/761 en T.J. Mellema-Kranenburg, *Executele en bewind*, Kluwer Deventer 2007, pagina 65.

67 Zie artikel 4:153 lid 2 BW.

68 F.J.W.M. Schols, *preadvies* 2004, pagina 40 e.v.

hebben aan een stringentere beschermingsfiguur, waarbij meer de nadruk ligt op zijn belang bij het langdurig scheiden van zeggenschap en economisch belang. Het testamentair bewind zal veelal niet in deze behoefte kunnen voorzien.

6.5 Testamentair bewind en legitieme portie

6.5.1 Inleiding

Hiervoor heb ik onderzocht in hoeverre in het algemeen door middel van een testamentair bewind een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang tot stand gebracht kan worden. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre een door middel van testamentair bewind aangebrachte scheiding tussen zeggenschap en macht door een legitimaris met een beroep op zijn legitieme portie ongedaan gemaakt kan worden, althans (gedeeltelijk) omzeild kan worden, doordat hij vrij kan beschikken over het bedrag dat hij uit hoofde van zijn legitieme portie ontvangt. Het is daarbij niet mijn bedoeling om de werking van de legitieme portie te bespreken, daarvoor verwijs ik naar literatuur die dit onderwerp behandelt⁶⁹. Ik beperk mij hier slechts tot enkele korte opmerkingen over die aspecten die relevant zijn voor een goed begrip van de samenloop tussen de legitieme portie en bewind.⁷⁰

6.5.2 Legitieme portie in het algemeen

Ten opzichte van de regeling van vóór 2003 zijn de aanspraken van de legitimaris aanmerkelijk beperkt. Thans bestaat de legitieme portie uit een vordering van de legitimaris in geld, waarvan de omvang kort gezegd bepaald wordt door de helft van het percentage waarvoor hij erfgenaam bij versterf is te vermenigvuldigen met de omvang van de nalatenschap vermeerderd met bepaalde giften en verminderd met bepaalde schulden.⁷¹ Onder het oude recht werd de legitieme portie geschonden indien de legitimaris deze niet als erfgenaam ontving en in geval van schending kon de legitimaris uiterste wilsbeschikkingen en giften die zijn legitieme portie schonden vernietigen.⁷² In vergelijking daarmee heeft de huidige legitimaris dus een aanmerkelijk zwakkere positie.⁷³

69 Zie bijvoorbeeld Asser/Perrick 4 (2017), hoofdstuk 8 en Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, hoofdstuk X.

70 Voor zover in de verhouding tussen de legitieme portie en certificering respectievelijk trustachtige figuren andere aspecten van de regeling met betrekking tot de legitieme portie van belang zijn, zullen deze in het desbetreffende hoofdstuk besproken worden.

71 Zie artikel 4:63 jo. 4:64 lid 1 jo. 4:65 BW, alsmede artikel 4:79 BW. Dit wordt nader besproken in paragraaf 8.6.

72 Asser/Perrick 4, 2017/297.

73 Deze kan bovendien onder omstandigheden nog verder beperkt worden: Artikel 4:81 BW beperkt de opeisbaarheid van de legitimaire vordering, met name voor zover de legitimaris een vordering heeft op de langstlevende echtgenoot. Daarnaast kan ook een vruchtgebruik op grond van artikel 4:29 of 4:30 BW aan opeisbaarheid van de vordering van de legitimaris in de weg staan (zie Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, paragraaf X.19.2). Ook heeft de erflater een mogelijkheid om de opeisbaarheid

De omvang van de legitieme portie wordt verminderd met de waarde van (i) giften die de erflater aan de legitimaris gedaan heeft⁷⁴, (ii) hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt⁷⁵ en (iii) datgene wat de legitimaris als erfgenaam of uit hoofde van een legaat kan verkrijgen, maar niet verkrijgt omdat hij verwerpt⁷⁶. Op het laatste geldt echter een uitzondering in geval van zogenoemde inferieure makingen; indien daarvan sprake is, komt de waarde van de making niet in mindering op de legitieme portie.⁷⁷ Een making is onder andere inferieur indien hieraan een voorwaarde, een last of een bewind verbonden is, waarbij in het geval van een bewind onder omstandigheden weer een (hierna te bespreken) uitzondering geldt.

Bij de afweging tussen de belangen van de erflater en de legitimaris heeft de wetgever derhalve thans een behoorlijke vrijheid aan de erflater gelaten. Naast de beperking van de omvang van de legitieme portie heeft de erflater invloed op datgene wat de legitimaris wel of juist niet verkrijgt, omdat de erflater binnen bepaalde grenzen kan bepalen welke goederen de legitimaris verkrijgt⁷⁸ en voorts de legitimaris thans niet meer heeft dan een aanspraak in geld. Desalniettemin is de vrijheid van de erflater in deze niet absoluut.

6.5.3 Testamentair bewind en legitieme portie

Hiervoor is reeds aangegeven dat een erfrechtelijke making (zowel een erfstelling als legaat) die door de erflater onder bewind gesteld wordt niet in alle gevallen inferieur is. Dit vloeit voort uit artikel 4:75 BW, waarin bepaald is dat indien de erflater het bewind mede⁷⁹ op een of beide van de in deze bepaling genoemde gronden heeft ingesteld en deze grond(en) heeft vermeld in zijn testament, de legitimaire portie van de legitimaris wel verminderd wordt met de waarde van de desbetreffende making. Het betreft hier allereerst de grond dat de legitimaris zelf ongeschikt of onmachtig is om in het beheer van de hem nagelaten goederen te voorzien. Het gaat hier, aldus de wetgever, om de situatie dat de legitimaris niet alleen zelf ongeschikt is om de goederen naar behoren te beheren, maar dat hij ook niet in staat is de goederen te laten beheren door een ander die

van de legitieme portie te beperken ten gunste van de langstlevende echtgenoot of andere levensgezel (artikel 4:82 BW).

74 Artikel 4:70 BW. Het betreft hier de giften als bedoeld in artikel 4:67 BW (zie Asser/Perrick 4, 2017/320).

75 Artikel 4:71 BW, ook als deze verkrijging niet vrij en onbezwaard is (zie Asser/Perrick 4, 2017/322).

76 Artikelen 4:72 en 4:73 BW.

77 Vereiste is wel dat de legitimaris binnen drie maanden na het overlijden van de erflater verwerpt (artikel 4:72 respectievelijk 4:73 lid 1 BW). In geval van een erfstelling dient tevens direct een zogenoemde contentenverklaring afgelegd te worden: indien de legitimaris niet bij de verwerping verklaart zijn legitieme portie te willen ontvangen, verliest hij zijn recht hierop (artikel 4:63 lid 3 BW). In het algemeen is de periode gedurende welke een beroep op de legitieme portie gedaan kan worden vijf jaar na het overlijden van de erflater (artikel 4:85 BW).

78 Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, punt 301.

79 Schols is van mening dat er naast de gronden van artikel 4:75 lid 1 BW ook andere gronden genoemd kunnen worden, doch dat het feit dat één van de gronden van dit artikel (terecht) vermeld is, de onderbewindgestelde making non-inferieur maakt (F.W.J.M. Schols, Preadvies 2004, pagina 53 – 54).

daar wel de capaciteiten voor heeft.⁸⁰ De tweede grond ziet op de situatie dat de nagelaten goederen hoofdzakelijk ten goede zouden komen aan de crediteuren van de legitimaris, indien er geen bewind ingesteld zou zijn. Tijdens het bewind kunnen de onder bewind staande goederen slechts voor bepaalde schulden worden uitgewonnen, zodat de bestaande crediteuren van de legitimaris hier in beginsel geen verhaal op hebben.⁸¹

De legitimaris die zijn erfdeel of legaat heeft aanvaard, heeft de mogelijkheid om binnen drie maanden na het overlijden van de erflater de juistheid van de vermelde grond te betwisten.⁸² Degene die het bewind staande houdt, de bewindvoerder, zal dan de juistheid van deze grond moeten bewijzen.⁸³ Zowel de solventie van de legitimaris als zijn capaciteiten om de nagelaten goederen te (doen) beheren, dienen beoordeeld te worden op het tijdstip van overlijden van de erflater en niet op het moment dat deze zijn testament maakte.⁸⁴ Indien de grond onjuist verklaard wordt, heeft de legitimaris twee mogelijkheden. Enerzijds kan hij aanspraak maken op het ontvangen van zijn legitieme portie in geld.⁸⁵ Anderzijds kan hij het bewind dulden, in welk geval bij het vaststellen van de op zijn legitimaire vordering te imputeren waarde rekening wordt gehouden met het bewind dat op de goederen rust.⁸⁶

Deze uitzondering op het inferieur zijn van een making onder bewind is echter vrij beperkt, met name aangezien de grond, dat de legitimaris niet zelf in staat is om in het beheer van de nagelaten goederen te (doen) voorzien, naar mijn mening geen hele hoge drempel opwerpt. De kans dat een van de gronden van artikel 4:75 BW van toepassing is op het moment van overlijden van de erflater en stand houdt in geval van betwisting door de legitimaris is derhalve niet zo groot. In de meeste gevallen zal een making onder bewind derhalve inferieur zijn. Het voorgaande betekent dat, nog los van de mogelijkheid van opheffing door de rechtbank op verzoek van de rechthebbende,⁸⁷ een testamentair bewind geen geschikte figuur is voor de bescherming van familievermogen door het aanbrengen van een duurzame scheiding tussen juridische zeggenschap en economisch belang, althans niet in gevallen waarin de legitimaris niet duidelijk onmachtig is om zelf zijn vermogen te beheren. Het hoeft natuurlijk geenszins zo te zijn dat de legitimaris door middel van een beroep op zijn legitieme portie het bewind vermijdt. Het gevolg van de legitieme portie kan niet zijn dat het bewind wordt opgeheven, maar hoogstens dat de legitimaris een (kleiner) bedrag in geld vrij in handen krijgt. Het verschil in

80 Zie Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 486.

81 Artikel 4:175 BW.

82 Gezien artikel 4:75 lid 4 BW kan de legitimaris ook de mogelijkheid hebben om op te komen tegen een bij schenking ingesteld bewind.

83 Artikel 4:75 lid 2 BW.

84 Asser/Perrick 4, 2017/328.

85 Artikel 4:75 lid 3 BW.

86 Artikel 4:75 lid 5 BW. Dit impliceert overigens dat de wetgever in civielrechtelijke context van mening was dat een bewind een waardedrukkend effect kan hebben. In fiscale context wordt hiermee echter geen rekening gehouden, zie paragraaf 12.2.

87 Artikel 4:178 lid 2 BW; zie voorts paragraaf 6.4.

waarde kan met zich brengen dat de legitimaris het bewind duldt, zeker omdat hij na een relatief korte termijn de mogelijkheid zal hebben om de rechter te verzoeken om opheffing van het bewind en dan zijn gehele verkrijging ter vrije beschikking zal hebben.⁸⁸ Aangezien een beroep op de legitieme portie echter een reële mogelijkheid is, biedt het bewind de erflater ook vanuit dit perspectief onvoldoende zekerheid dat hij een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang heeft gecreëerd.

6.6 Conclusie

Het testamentair (beschermings)bewind creëert een scheiding tussen zeggenschap en economisch belang door enerzijds het beperken van de bevoegdheden van de rechthebbende jegens de onderbewindgestelde goederen en anderzijds het creëren van een afgescheiden vermogen met betrekking tot deze goederen, die als gevolg daarvan in beginsel niet vatbaar zijn voor verhaal voor de “reguliere” schulden van de rechthebbende.

Als getoetst wordt aan de in hoofdstuk 2 onder (a) genoemde civielrechtelijke toetsingscriteria, duurzaamheid en evenwicht tussen de bij het bewind betrokken belangen, moet echter geconcludeerd worden dat het testamentair bewind ongeschikt is als beschermingsfiguur. De wet voorziet in een regeling met betrekking tot de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van de bewindvoerder en van de rechthebbende, waarbij de insteller mogelijkheden heeft om wijzigingen aan te brengen en de bewindvoerder bijvoorbeeld verderstrekkende bevoegdheden te geven. Daarmee is sprake van een wettelijk systeem voor het bewaren van het evenwicht tussen de belangen die bij het bewind betrokken zijn.

Het bewind kan de toets van duurzaamheid echter niet doorstaan. De regeling van het bewind zelf brengt al met zich dat een duurzame scheiding van zeggenschap en belang niet te realiseren is, aangezien de rechthebbende vijf jaar na het overlijden van de insteller om opheffing van het bewind kan verzoeken. Voorts biedt de legitieme portie een verkrijger c.q. rechthebbende, die tevens legitimaris zich, een aanvullende mogelijkheid om zich (gedeeltelijk) aan de invloed van het bewind te onttrekken.

88 Een beroep op de legitieme portie lijkt mij derhalve met name in het belang van de legitimaris indien hij is onterfd of in de legitieme is gesteld. Een legitimaris die zijn volledige erfdeel (of het grootste deel daarvan) verkrijgt onder een bewind heeft economisch gezien meer belang bij wachten.

