

Artikel

De testamentaire stichting

Mr. T.F.H. Reijnen*

1 Inleiding

Al sinds jaar en dag bestaat de mogelijkheid om bij notariële uiterste wilsbeschikking een stichting op te richten. Deze stichting is hierna ‘testamentaire stichting’ te noemen.

De testamentaire stichting beweegt zich in twee rechtsgebieden, het erfrecht en het rechtspersonenrecht. Mij is uit de laatste jaren maar één publicatie¹ bekend waarin specifiek aandacht gegeven wordt aan de testamentaire stichting. Sinds het verschijnen van dat artikel is het huidige erfrecht ingevoerd, zodat het tijd wordt voor een nieuw onderzoek.

Hoewel door middel van een notariële uiterste wilsbeschikking stichtingen met alle denkbare doelen kunnen worden opgericht, wil ik mij in deze bijdrage beperken tot stichtingen die een taak hebben bij de afwikkeling van een nalatenschap, erfrechtelijke verkrijger zijn of tot doel hebben het uitvoeren van (vermogens)beheerstaken na het overlijden van een erflater. Er zijn in dit kader vele voorbeelden van gebruiksmogelijkheden te bedenken voor de testamentaire stichting. Gedacht kan worden aan de stichting als algeheel erfgename ter voorkoming van afwikkelingsproblemen bij veel of moeilijk vindbare erfgenamen of ter vermindering van ingewikkelde goederenrechtelijke verhoudingen tussen de erfgenamen. Andere voorbeelden

zijn de stichting als boedelafwikkelaar of de stichting als bewindvoerder.

Van recente datum zijn de ontwikkelingen op fiscaal terrein. Van deze wijzigingen zullen slechts die ten aanzien van de algemeen nut beogende instellingen (ANBI's) aan de orde komen.

2 Korte historie van de stichting 35

Voordat nader wordt ingegaan op de testamentaire stichting, is het goed de geschiedenis van de stichting kort te schetsen.

De oorsprong van de stichting zoals wij die thans kennen, kan worden gevonden in de verwereldlijking van het kerkelijk recht na de reformatie. Voor die tijd waren er wel talrijke gevallen waarin een goed voor een (filantropisch) doel werd bestemd, maar deze bestemming was altijd kerkelijk of kerkelijk gekleurd. Na de reformatie werd de stichting onderdeel van het geldende privaatrecht. In de zeventiende en achttiende eeuw ontstonden talrijke stichtingen. Onder invloed van de Duitse rechtswetenschap heeft het denken in de negentiende eeuw een grote ontwikkeling doorgemaakt. Tot die tijd werd de rechtsverhouding meer neergezet als een kwalitatieve eigendom van de bestuurders of van hen die uit de stichting voordeel trokken. Sinds die tijd wordt de rechtspersoonlijkheid van de stichting aanvaard.²

De wetgevende activiteiten kwamen pas veel later op gang. Op 2 april 1937 diende de regering het wetsontwerp in dat tot doel had de stichting in de Nederlandse wet te verankeren. Dit wetsontwerp werd ingetrokken toen E.M. Meijers in 1947 opdracht kreeg tot het maken van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Nadat gebleken was dat

* Mr. T.F.H. Reijnen is verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (theo@reijenedvies.nl).

1. L.C.A. Verstappen, De stichting tot afwikkeling van een nalatenschap, WPNR (1996) 6245. Verder kan ook nog worden genoemd W. Burgerhart & P.F. Veltman, De familiestichting, Preadvies voor de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004. Dit preadvies gaat echter niet specifiek over de testamentaire stichting zoals ik deze definieer. Wel worden in dit preadvies belangrijke aspecten aangesneden die voor de testamentaire stichting van belang zijn.

2. Zie E.M. Meijers, Algemene leer van het burgerlijk recht; deel 1: De algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden: Universitaire Pers 1948, p. 202 en Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 23.

de invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek meer voeten in de aarde zou hebben dan aanvankelijk gedacht, werd het wetsontwerp ingediend dat leidde tot de wet van 1956.³ Bij de invoering van Boek 2 BW in 1976 wordt die wet nagenoeg ongewijzigd in het nieuwe wetboek opgenomen. Met de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het huidige BW werden enkele wijzigingen aangebracht.⁴

3 De oprichting

Het normaaltype van de stichting wordt opgericht bij een daartoe opgemaakte notariële akte (art. 2:286 BW). Lid 2 van deze bepaling maakt direct duidelijk dat die notariële akte ook een notarieel verleden uiterste wilsbeschikking⁵ kan zijn. Hierbij kan een aantal vragen worden gesteld.

3.1 Wat wordt bedoeld met uiterste wilsbeschikking?

Artikel 4:135 lid 1 BW spreekt van ‘een bij notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking’ en artikel 2:286 lid 1 BW van ‘een uiterste wilsbeschikking, gemaakt bij een notariële akte’. In beide artikelen wordt hetzelfde bedoeld. Met twee aspecten dient rekening te worden gehouden. Het eerste is de inhoud van de wilsbeschikking, het tweede is de vorm van de akte.⁶

Een aspect dat ook aandacht verdient, is de akte zonder authenticiteit. Als de gewone notariële oprichtingsakte authenticiteit mist, ontstaat de stichting toch (art. 2:4 lid 1 BW). Indien het echter een bij uiterste wil opgerichte stichting betreft, ontstaat de stichting niet als de uiterste wil authenticiteit mist. Zo wordt de discussie voorkomen of de stichting, ondanks het ontbreken van een authentieke akte, toch ontstaat, maar de makingen ten behoeve van die stichting nietig zouden zijn.

3.2 Kan een buitenlandse notariële uiterste wilsbeschikking ook gelden als oprichtingsakte voor een Nederlandse stichting?

Deze vraag kan alleen bevestigend worden beantwoord als vastgesteld kan worden dat de buitenlandse uiterste wilsbeschikking voldoet aan het vereiste van ‘een bij notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking’. Dit behelst de vraag naar de vorm van de uiterste wilsbeschikking en

dient te worden getoetst aan Boek 4 BW. Indien deze Boek 4-toets wordt doorstaan, dient te worden gezien of deze buitenlandse notariële wilsbeschikking kan dienen als oprichtingsakte voor een Nederlandse stichting, de Boek 2-toets.

3.2.1 De Boek 4-toets

Op de vraag of een buitenlandse testamentaire beschikking naar de vorm geldig is naar Nederlands recht, kan het Haags Testamentsvormenverdrag 1961 antwoord geven.⁷ Als de buitenlandse testamentaire beschikking wordt erkend in Nederland, dan is er geen verschil tussen die buitenlandse testamentaire beschikking en een Nederlandse testamentaire beschikking.⁸ Als de Nederlandse wet het vormvoorschrift van notariële akte eist om te komen tot het beoogde rechtsgevolg van de testamentaire beschikking (oprichting van een stichting) maakt het voor de formele geldigheid niet uit of deze is opgenomen in een Nederlandse notariële akte of een buitenlandse. Als het betreffende buitenlandse recht de notariële akte niet kent, kan, hoewel de akte als uiterste wil geldig is, alleen al om deze reden geen stichting bij buitenlandse uiterste wilsbeschikking worden opgericht.

Artikel 42 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) laat er geen twijfel over bestaan dat een uiterste wilsbeschikking ook in een andere taal dan de Nederlandse opgemaakt kan worden. Een buitenlandse uiterste wilsbeschikking zal daarom ook niet in de Nederlandse taal behoeven te zijn gesteld.

De Boek 4-toets wordt derhalve doorstaan door elke bij notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking, in welke taal ook.

3.2.2 De Boek 2-toets

Artikel 2:286 lid 1 BW eist voor de oprichting een notariële akte die, als gevolg van het tweede lid van dit artikel, verleden moet worden in de Nederlandse taal.⁹ Dit vereiste geldt echter, gezien het bepaalde in artikel 42 lid 1 Wna, uitsluitend voor de statuten van de stichting en niet voor de verdere inhoud van de uiterste wilsbeschikking.¹⁰

In de literatuur is in het verleden vooral gediscussieerd over de vraag of ook een buitenlandse notaris een Nederlandse rechtspersoon kan oprichten. Zo zijn enerzijds

3. Wet van 31 mei 1956, Stb. 327, in werking getreden op 1 januari 1957. Zie H.M. Bregstein, Enige beschouwingen over de stichting in verband met het ontwerp van wet van 29 april 1954, WPNR (1955) 4404, 4405 en 4406 (ook opgenomen in: Verzameld werk van prof. mr. H.M. Bregstein, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 570 e.v.) voor een uitvoerige beschouwing over de Wet op stichtingen.

4. Voor de wijzigingen zie: J.M.M. Maeijer & M.J.A. van Mourik, Boeken 1 en 2 B.W. na aanpassing aan de invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 N.B.W., Deventer: Kluwer 1990, p. 190-195.

5. Bij wet van 18 april 2002, Stb. 2002, 230 jo. 16 augustus 2002, Stb. 2002, 429 houdende vaststelling van de Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte, in werking getreden op 1 januari 2003, is art. 2:286 lid 2 BW aangepast aan de terminologie van Boek 4 BW, 'openbaar testament' werd vervangen door 'uiterste wilsbeschikking'.

6. Vgl. W. Burgerhart in: Burgerhart & Veltman 2004, p. 38 en de daar genoemde literatuur.

7. Verdrag inzake de wetsconflicten betreffende de vorm van testamentaire beschikkingen, Trb. 1980, 54, voor Nederland in werking getreden op 1 augustus 1982, onder gelijktijdige intrekking van art. 992 BW (oud). Ook na invoering van wetsvoorstel 32 137 Vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek) zal hier geen verandering in komen. Art. 10:151 BW wijst het Haags testamentsvormenverdrag 1961 aan als toepasselijk recht. Zie ook W. Broomhaer, Het Haags testamentsvormenverdrag 1961, WPNR (1981) 5588 en 5589 en Q.J. Marck, De rechtsgeldigheid in Nederland van een onderhands testament, WPNR (1999) 6382, ten aanzien van dit verdrag.

8. De begrippen uiterste wilsbeschikking uit het verdrag en testamentaire wilsbeschikking uit Boek 4 zijn inhoudelijk gelijk. Vgl. Handboek erfrecht, 2006, B.C.M. Waaijer, VI.3.3 en Asser/Perrick 4* 2009, nr. 1.

9. Of in de Friese taal. Aan deze uitzondering ga ik verder voorbij.

10. Zie Asser/Perrick 4* 2009, nr. 33.

Maeijer,¹¹ Duynstee¹² en Overes¹³ van mening dat uitsluitend een Nederlandse notaris een Nederlandse rechtspersoon kan oprichten, en anderzijds zijn Struycken,¹⁴ met een beroep op het EEG-Executieverdrag,¹⁵ en Lubbers¹⁶ de mening toegedaan dat dit ook een notaris in een ander (Europees) land kan zijn. De minister is van mening dat het een Nederlandse notaris dient te zijn.¹⁷ Uit de Dienstenrichtlijn¹⁸ volgt dat diensten van notarissen niet vallen onder de vrijheid van diensten binnen de Europese Unie. Hierdoor is mijns inziens de discussie definitief beslecht; slechts een Nederlandse notaris is bevoegd Nederlandse rechtspersonen op te richten.

Uit het vorenstaande volgt dat uitsluitend een Nederlandse notariële akte met de statuten in de Nederlandse taal de Boek 2-toets doorstaat.

3.2.3 Overige akten

Gezien het vorenstaande mag het duidelijk zijn dat bij onderhandse uiterste wilsbeschikking, in welke vorm of naar welk recht dan ook, nimmer een testamentaire stichting opgericht kan worden.

3.3 Last tot oprichting van een stichting voor de erfgenamen

De testamentaire last tot oprichting van een stichting kan via artikel 4:135 BW op twee manieren ontstaan:

1. De erflater legt bij uiterste wilsbeschikking direct de last op. Dit is de situatie als bedoeld in artikel 4:135 lid 3 BW (directe last).
2. Door de wettelijke conversie van lid 2 van bedoeld artikel (conversielast).

De directe last is als zodanig bedoeld door de erflater. Deze last hoeft niet noodzakelijkerwijs aan de gezamenlijke erfgenamen te worden opgelegd. De last kan ook rusten op één of meer erfgenamen of legatarissen of op de executeur (art. 4:130 BW).

De conversielast tot oprichting van de testamentaire stichting is door de erflater niet bedoeld als last. De erflater heeft bij een in andere vorm dan bij notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking getracht een testamentaire stichting op te richten; deze oprichting is, zoals hiervoor bleek, nietig. De wet converteert deze nietige oprichting in een last voor de gezamenlijke erfgenamen, de testamentaire stichting alsnog op te richten. Uiteraard dient deze in andere vorm dan bij notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking als geldig te worden beschouwd naar Nederlands recht, derhalve naar de vorm te voldoen aan het Haags testamentsvormenverdrag 1961.

11. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 244 en 465.
12. J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1978, p. 21-26.
13. Groene Serie Rechtspersonen, aant. 3 op art. 27.
14. Struycken, *Stichting en notariële praktijk*, de NV 50, De NV 1972/73, p. 165-175.
15. Verdrag van 27 september 1968, Trb. 1969, 101.
16. Lubbers, *Kan een rechtspersoon naar Nederlands recht ook worden opgericht ten overstaan van een vreemde notaris?*, WPNR (1978) 5439.
17. Parl. Gesch. Boek 2 BW (Van Zeben), p. 1007.
18. Art. 2 lid 2 onder I van de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (Pb L 376/36, 27 december 2006).

Bij de conversielast zullen de statuten in de akte opgenomen zijn. Op de gezamenlijke erfgenamen rust mijns inziens de last tot oprichting van een stichting met die statuten. Indien die conversielast-statuten (inmiddels) niet (meer) (geheel) voldoen aan de eisen van de wet,¹⁹ lijkt het mij voor de hand te liggen dat de lasthebbers de plicht hebben de statuten zodanig te doen luiden dat zij wel voldoen aan de wet. Omdat bij de directe last de inhoud van de statuten zeer waarschijnlijk niet in de uiterste wilsbeschikking is opgenomen, heeft de lastbezwaarde een zekere mate van vrijheid tot inrichting van de statuten. Deze vrijheid wordt enerzijds begrensd door de wensen van de erflater en anderzijds door de wettelijke bepalingen. Strijd met de wet ten gevolge van de instructies van de erflater zal dan ook niet ontstaan. De wet geeft in artikel 4:135 lid 3 BW de procedure voor het geval de lastbezwaarde niet aan zijn verplichting voldoet. In dat geval kan de rechtbank, op vordering van het Openbaar Ministerie, de lastbezwaarde tot de oprichting veroordelen. Indien het sterfhuis buiten Nederland is gelegen, is de rechtbank in Den Haag bevoegd. De rechter kan het ook zelf afdoen door te bepalen dat het vonnis dezelfde rechtskracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte oprichtingsakte. De rechter kan ook een vertegenwoordiger aanwijzen om de oprichtingshandeling te verrichten.

De oprichting bij rechterlijk vonnis is goed voorstelbaar ingeval de statuten integraal zijn opgenomen in de in andere vorm gemaakte uiterste wilsbeschikking. Als de statuten niet door de erflater zijn voorgeschreven, is een veroordeling tot oprichting van de lastbezwaarde of de benoeming van een vertegenwoordiger waarschijnlijk de meest aangewezen weg.²⁰

Voor de goede orde merk ik nog op, dat bij codicil geen last tot oprichting van een stichting kan worden opgelegd. Bij codicil kan immers geen last worden opgelegd.²¹

3.4 De nietige oprichting

Als de (Nederlandse) notariële akte waarin de uiterste wilsbeschikking is opgenomen authenticiteit mist, is de uiterste wilsbeschikking nietig en ontstaat de stichting niet (zie par. 3.1). Niet alleen ontstaat de stichting niet, ook kan de oprichting van de stichting niet geconverteerd worden in een last aan de gezamenlijke erfgenamen tot oprichting van de stichting. Een nietige notariële uiterste wilsbeschikking voldoet immers niet aan het vereiste van artikel 4:94 BW.

Stel echter dat de oprichting van de stichting nietig is, maar dat de uiterste wilsbeschikking als zodanig wel geldig is. Deze situatie kan zich voordoen als gepoogd is de stichting op te richten bij buitenlandse notariële uiterste wilsbeschikking of als de statuten niet in de Nederlandse taal zijn opgesteld. Naar de letter geldt dan lid 2 van artikel 4:135 BW niet. Perrick²² schrijft hierover:

19. Zie ook hierna in par. 4.1 de positie van de notaris ten overstaan van wie de akte verleden dient te worden.
20. In par. 5 kom ik nog terug op het verschil tussen beide genoemde varianten ten aanzien van de bestaansfeits.
21. W. Breebhaar, (diss.), nr. 218 en Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 465.
22. Asser/Perrick 4* 2009, nr. 34.

‘Ook buiten het geval omschreven in artikel 4:135 lid 2 zal een redelijke wettoepassing meebrengen, dat de uiterste wilsbeschikking, houdende de oprichting van een stichting die nietig is wegens het niet voldoen aan de daarvoor gestelde vormvereisten, geconverteerd wordt in de uiterste wilsbeschikking houdende de last tot oprichting van de stichting. Uiteraard zal de uiterste wilsbeschikking, wat de vorm betreft moeten voldoen aan de vormvereisten, die het Nederlands recht ten aanzien van uiterste wilsbeschikkingen stelt, bij de beoordeling waarvan het Haags Verdrag nopens de wetsconflicten betreffende de vorm van testamentaire beschikkingen toepassing vindt. Deze conversie zal bijvoorbeeld plaatsvinden indien het gebrek in de oprichting daarin is gelegen, dat de uiterste wilsbeschikking, houdende de oprichting niet voor een Nederlandse notaris is verleden, en/of niet voldoet aan een van de twee gewone testamentsvormen en/of dat de statuten niet in de Nederlandse taal luiden.’

Gezien de afkeer van het BW van nietigheden,²³ kan ik hier volledig mee instemmen.

4 Inhoud statuten en enige andere vraagstukken

In het vorenstaande is vooral ingegaan op de formele kant van het ontstaan van de testamentaire stichting. De inhoud van de statuten en het vraagstuk van het bestuur staan thans voorop.

4.1 Verantwoordelijkheid van de notaris

Artikel 2:286 lid 2 BW geeft aan wat er ten minste in de statuten van een stichting dient te worden opgenomen. Dit is het bekende rijtje, naam, doel, wijze van benoeming en ontslag van bestuurders, zetel en bestemming van het vereffeningsoverschot. Het vijfde lid van ditzelfde artikel is glashelder ten aanzien van de vraag wiens verantwoordelijkheid het is dat de statuten voldoen aan deze eisen: de notaris ten overstaan van wie de akte is verleden.

Deze verantwoordelijkheid is echter beperkt in tijd en omvang. De notaris is alleen verantwoordelijk voor het voldoen van de statuten aan de wettelijke minimumeisen, ten tijde van het opmaken van de statuten.²⁴ Voorts is de verantwoordelijkheid relatief. De notaris is uitsluitend aansprakelijk jegens hen die daardoor schade hebben geleden. Het niet voldoen aan de minimumvoorschriften leidt niet tot nietigheid van de stichting, maar deze wordt op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie door de rechter ontbonden (art. 2:21 BW).

Opgemerkt dient te worden dat de rechtbank geen discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van haar beslissing tot ontbinding.

Artikel 2:21 lid 1 BW stelt dat de rechtbank de rechtspersoon ontbindt indien zijn statuten niet voldoen aan de eisen van de wet. De enige verzachting is dat de rechtbank, ingevolge lid 3 van dit artikel, de rechtspersoon een termijn kan vergunnen waarbinnen hij alsnog zijn statuten in overeenstemming met de wet brengt.

Bij de testamentaire stichting kan zich in dit kader een extra complicatie voordoen. De testamentaire stichting wordt in het leven geroepen op het moment dat de uiterste wil waarin zijn statuten zijn opgenomen onherroepelijk wordt, te weten bij overlijden van de erflater.²⁵ Maar naar welk tijdstip is de notaris verantwoordelijk? Het tijdstip waarop de notariële uiterste wil wordt verleden of het moment waarop de uiterste wilsbeschikking onherroepelijk wordt? Artikel 2:286 BW spreekt van de oprichtingsakte. Als de uiterste wilsbeschikking waarin de statuten van de stichting zijn opgenomen, wordt herroepen, ontstaat de stichting niet. Die verleden akte geldt dan niet als oprichtingsakte. Eerst als de erflater overlijdt, is er sprake van een oprichtingsakte. Dit moment kan uiteraard geruime tijd liggen na het moment van het passeren van de uiterste wil. De wet kan ten tijde van het openvallen van de nalatenschap andere eisen stellen aan de inhoud van de statuten dan op het moment van het passeren van de akte. Het komt mij voor dat, zoals gebruikelijk, het optreden van de notaris beoordeeld dient te worden naar het moment van handelen.²⁶ Mijns inziens dient voor de toepassing van artikel 2:286 BW onder ‘oprichtingsakte’ te worden verstaan de notariële uiterste wilsbeschikking ten tijde van het verlijden van de akte. In paragraaf 4.4 kom ik terug op dit punt in samenhang met de (on)mogelijkheid van statutenwijziging.

4.2 Wie zou eerste bestuurder moeten worden?

Het is aan de oprichter wie hij benoemt tot eerste bestuurder van een stichting. Dit geldt zowel voor de gewone stichting, alsook voor de testamentaire stichting. De wet schrijft voor dat de statuten voorzien in de benoeming en ontslag van bestuurders (art. 2:286 lid 4 onder c BW). De wet schrijft niet voor hoe de benoeming plaats dient te vinden. Dat de mogelijkheden nagenoeg onbeperkt²⁷ zijn, blijkt ook uit artikel 2:285 lid 2 BW, dat spreekt van personen die de bevoegdheid hebben in de ‘ledige plaatsen in de organen van de stichting te voorzien’.

Het is mogelijk dat de eerste bestuurders van de stichting bij de oprichtingsakte worden benoemd. In de praktijk wordt daarvan vaak gebruikgemaakt. Indien dat niet het geval is, geldt de statutaire wijze van benoeming en ontslag.

Bij de testamentaire stichting is het niet anders. In de uiterste wilsbeschikking (de oprichtingsakte) zal gebruikelijk worden bepaald wie tot eerste bestuurder van de

23. Ik wijs hierbij o.a. op het bestaan van art. 2:4 BW (gebrek aan authenticiteit van de oprichtingsakte), art. 3:42 BW (conversie) en art. 3:53 BW (convalescentie).

24. In de oorspronkelijke ontwerp tekst van art. 2:286 BW was dit niet duidelijk geformuleerd. M.J.A. van Mourik heeft hierop gewezen in: Notariële aspecten van het komende verenigingsrecht, WPNR (1971) 5127.

25. Dit volgt uit art. 4:42 BW. Zo ook Klaassen-Luijten-Meijer II, nr. 304.

26. Vgl. art. 99 lid 12 Wna.

27. Een uitzondering is dat een door de rechtbank ontslagen bestuurder in de vijf jaar na het ontslag niet (wederom) tot bestuurder kan worden benoemd (art. 2:298 lid 3 BW).

stichting wordt benoemd.²⁸ Ik zie geen bezwaar in een algemene, abstracte benoemingswijze. Met andere woorden, een ‘toverformule’ is mogelijk. Een dergelijke formule zou kunnen inhouden ‘bestuurder is hij die ten tijde van mijn overlijden de accountant van mijn holdingvenootschap is’. De wet geeft de oprichter de vrije keuze. Naar mijn mening bestaat er ook geen bezwaar tegen dat de eerste bestuurders niet bij de uiterste wilsbeschikking worden benoemd. In de uiterste wilsbeschikking zou kunnen worden bepaald dat het bestuur gevormd wordt door hen die daartoe bij afzonderlijke (onderhandse) akte door de erflater worden aangewezen. Als de testamentaire stichting tot executeur is benoemd, kan derhalve ook de feitelijke executeur (de bestuurder) bij pseudocodil worden benoemd. De vrijheid die zo geboden wordt, is groot. Zonder wijziging van de uiterste wil kunnen de actoren worden vervangen.

De vraag zou kunnen worden gesteld of hiermee niet de grenzen van Boek 4 BW overschreden worden. Boek 4 geeft regels voor de benoeming van executeurs en bewindvoerders, waaraan ontsnapt zou kunnen worden door een testamentaire stichting? Dit is een vraag van de wetsontduiking. Wetsontduiking wil zeggen dat met een rechtshandeling die weliswaar niet rechtstreeks in strijd is met de letter van de wet, niettemin de toepassing van een wetsbepaling wordt verijdeld.²⁹ Volgens mij is er niet snel sprake van wetsontduiking door de toepassing van ruime en creatieve varianten van bestuursbenoemingen. Zo kan ten aanzien van de testamentaire stichting als executeur worden gewezen op artikel 4:142 lid 1 BW. Dit artikel geeft de erflater de bevoegdheid te bepalen dat de executeur een executeur aan zich mag toevoegen of zelfs voor hem in de plaats kan stellen. De wet maakt het zelfs mogelijk dat de nalatenschap wordt afgewikkeld door een executeur die noch door de erflater zelf, noch door de rechter is benoemd. Ten aanzien van (testamentaire) bewindvoeringen gaat de wetgever ervan uit dat er een ‘regeling der benoeming van een bewindvoerder’ is. Ontbreekt die regeling, dan wordt de bewindvoerder benoemd door de kantonrechter (art. 4:157 lid 1 BW). Perrick³⁰ schrijft:

‘De erflater kan ook een derde, waaronder begrepen een rechtspersoon, de bevoegdheid verlenen een (opvolgende) bewindvoerder te benoemen. Zonder uitdrukkelijke bepaling in de uiterste wil mag niet worden aangenomen dat de erflater aan de bewindvoerder de bevoegdheid tot substitutie heeft willen geven.’

Kortom, ook om deze reden dient niet snel tot wetsontduiking geconcludeerd te worden.

Wel stellen in de praktijk diverse regelingen voorwaarden aan het aantal bestuurders en hun onderlinge verhoudingen, waardoor de geconstateerde mogelijkheden beperkt worden.³¹

28. Zo niet, dan wordt de eerste bestuurder benoemd door de rechtbank (art. 2:299 BW).

29. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 255.

30. Asser/Perrick 4* 2009, nr. 53.9.

31. Hierbij kan worden gedacht aan eisen van subsidiënten en het CBF-Keur en het CBF-Certificaat. Op deze aspecten zal ik verder niet ingaan.

4.3 Opvolgend bestuurders

Eens komt de dag dat een bestuurder defungeert of komt te overlijden. Zoals al gezegd, schrijft de wet in artikel 2:285 lid 2 BW voor dat de statuten de wijze van benoeming en ontslag van bestuurders bevatten. Het is mogelijk dat de oprichter al bij voorbaat bij de oprichtingsakte (voor de testamentaire stichting: de uiterste wilsbeschikking) opvolgend bestuurders benoemt. Ook hier ben ik van mening dat opvolgend bestuurders reeds op voorhand bij afzonderlijke (onderhandse) akte kunnen worden aangewezen. Ingevolge artikel 1 lid 1 letter d Wet op het centraal testamentenregister dienen akten van benoeming ingaande bij overlijden te worden ingeschreven in het testamentenregister.³² Als de benoeming van opvolgend bestuurders in een notariële akte wordt opgenomen, is de notaris verplicht uiterlijk op de eerste werkdag volgende op die waarop de akte is verleden, de vereiste opgaaf te doen (art. 3 Wet op het centraal testamentenregister).

4.4 Statutenwijziging

Het uitgangspunt van de wet is dat de statuten van een stichting uitsluitend gewijzigd kunnen worden indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen (art. 2:293 BW). Deze wettelijke bepaling valt eerst goed te begrijpen als men zich realiseert dat de stichting er uitsluitend voor zichzelf is. De stichting heeft geen leden zoals de vereniging en geen aandeelhouders zoals de nv en de bv. Ook is de stichting er niet voor de oprichter.³³ Vooral bij de testamentaire stichting laat zich dit voelen. De oprichter is overleden. Sterker nog, de stichting bestaat uitsluitend ten gevolge van zijn overlijden. Hij moet het functioneren van de stichting noodgedwongen overlaten aan derden.³⁴ Dit is ook de reden dat een erflater vaak terughoudend is in het toestaan van wijzigingen van de statuten van een testamentaire stichting. Het is de erflater die bepaalt wat het doel van de stichting is en hoe haar organisatieregels luiden. Vooral als de testamentaire stichting voordeel trekt uit de uiterste wilsbeschikking van de erflater, zal deze er veel aan gelegen zijn te voorkomen dat door statutenwijziging de stichting afraakt van de door hem ingeslagen weg. Gezien het hierna in paragraaf 7.2 ten aanzien van de ANBI geschrevene, is het echter van het grootste belang dat statutenwijziging wel mogelijk is. De mogelijkheid tot statutenwijziging kan het verschil uitmaken tussen vrijstelling van erf- of schenkbelasting en heffing tegen het hoogste tarief over de waarde van de verkrijging. Een mogelijkheid tot statutenwijziging dient

32. Vgl. Asser/Perrick 4* 2009, nr. 330. Perrick laat er geen twijfel over bestaan dat daaronder ook wordt verstaan de benoeming door de bestuurder van een stichting van een opvolger, indien die benoeming ook geldt voor het geval van overlijden.

33. Vgl. ook Bregstein (1955) 4417 (ook opgenomen in: Verzameld werk van prof. mr. H.M. Bregstein, 1960, p. 570 e.v.), waarin hij schrijft dat: ‘de stichting niet mag dienen ter duplicering van de persoonlijkheid van de stichter of de beheerders der stichting’.

34. Gesteld zou kunnen worden dat de ‘afwezigheid’ van de erflater als bestuurder het probleem is.

restrictief te worden toegepast, in het bijzonder als de wijziging het doel omvat.^{35 36}

Wat nu echter als de statuten van de testamentaire stichting de bevoegdheid tot statutenwijziging niet kennen? Dan kan onder omstandigheden worden teruggegrepen op het bepaalde in artikel 2:294 BW. Dit artikel geeft de rechtbank de mogelijkheid de statuten te wijzigen 'indien ongewijzigde handhaving van de statuten zou leiden tot gevolgen, die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild'. Hierbij doet zich echter een merkwaardig probleem voor. De testamentaire stichting ontstaat op het tijdstip waarop de uiterste wilsbeschikking waarbij de stichting in het leven wordt geroepen, onherroepelijk wordt. Dit is het oprichtingstijdstip. Welnu, op het moment van de oprichting is het, voor zover dit eisen aan de statuten betreft, duidelijk of de testamentaire stichting kwalificeert als, bijvoorbeeld, ANBI. Naar de letterlijke tekst van artikel 2:294 BW zou de rechtbank de statuten nu niet kunnen aanpassen omdat deze bepaling uitsluitend ziet op wijzigingen na de oprichting als gevolg van ten tijde van de oprichting onvoorziene gevolgen. Strikte toepassing van deze regel zou mijns inziens tot ongewenste uitkomsten leiden. Ik pleit ervoor het voorschrift van artikel 2:294 BW zo te lezen dat met '(...) gevolgen, die bij de oprichting redelijkerwijze (...) bedoeld worden de gevolgen die bij het opmaken van de oprichtings-akte redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild. Het tijdstip waarop de uiterste wilsbeschikking wordt opgemaakt, is immers de uitgangssituatie van zowel de erflater als de instrumenterend notaris.³⁷ Hiermee wordt ook recht gedaan aan artikel 4:46 BW. Bij de uitleg van de uiterste wilsbeschikking dient immers te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt. Deze bepaling ziet op de gehele uiterste wilsbeschikking, derhalve ook op de uiterste wilsbeschikking als oprichtingsakte van de testamentaire stichting.

5 De bestaansseis³⁸

Om aan een testamentaire making een recht te kunnen ontlenuen, dient de verkrijger ten tijde van de making te bestaan (art. 4:56 BW). Onder 'making' vallen erfstellin-

35. Zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 495: 'Hoofddregel is dat de statuten niet kunnen worden veranderd. Een statutaire wijzigingsbevoegdheid moet restrictief worden verstaan. Een wijziging van het doel behoort slechts plaats te vinden, indien gewijzigde omstandigheden dit wenselijk doen zijn; de wijziging zal voorts het karakter van de werkzaamheden van de stichting zoveel mogelijk in tact moeten laten. Tot verdergaande wijziging ontbreekt de bevoegdheid.' Vgl. Kamer van Toezicht, Den Haag, 5 augustus 2009, LJN YC0305. Anders P.H.N. Quist, Weerloos wezen, WPNR (2008) 6773.

36. Een mogelijke oplossing voor dit dilemma dat testateurs waarschijnlijk wel zal aanspreken, is in de statuten op te nemen dat de statuten gewijzigd kunnen worden indien hiermee belastingvoordeel wordt behaald. Een dergelijk bepaling lijkt mij zonder meer mogelijk. Wel kan men verzeild raken in de vraag hoe ver gegaan mag worden. Wijziging van het doel lijkt mij hier de absolute grens.

37. Zie ook hiervoor par. 4.1 ten aanzien van het tijdstip waartegen de verantwoordelijkheid van de notaris beoordeeld dient te worden.

38. Vgl. Burgerhart & Veltman 2004, p. 40.

gen en legaten. Een lastbevoordeelde hoeft niet te voldoen aan de bestaansseis,³⁹ een executeur of een bewindvoerder ook niet. Artikel 4:135 BW voorkomt de vraag of de rechtstreeks opgerichte testamentaire stichting recht kan doen gelden op een making: 'de stichting [is] erfgenaam of legataris, naar gelang het haar vermaakte aan een erfstelling of aan een legaat beantwoordt.' In tegenstelling tot de stichting opgericht bij uiterste wilsbeschikking, wordt de krachtens last opgerichte stichting pas na het overlijden in het leven geroepen.

De last tot oprichting van de testamentaire stichting is er, zoals in paragraaf 3.3 gezien, in twee varianten. Indien de testamentaire stichting wordt opgericht krachtens de directe last (art. 4:135 lid 3 BW), dan is dit overeenkomstig de wens van de erflater en kan deze stichting geen recht ontlenuen aan makingen van de erflater. Blijft over de mogelijkheid voordeel te trekken uit niet-makingen, zoals lastbevoordeling en de benoeming tot executeur of bewindvoerder. De variant van de conversielast (art. 4:135 lid 2 BW) is de problematische. Het problematische is erin gelegen dat bij de conversielast de makingen niet ook op grond van een uitdrukkelijke wetsbepaling worden geconverteerd in lastbevoordelingen. Doordat tegen de bedoeling van de erflater niet voldaan wordt aan het bestaansvereiste, kan de stichting geen recht ontlenuen aan een making. Voorts zou de stichting niets verkrijgen uit de nalatenschap van de erflater omdat er sprake is van (nietige) makingen en niet van lastbevoordelingen. Perrick⁴⁰ is van mening dat de rechtbank niet alleen de erfgenamen kan veroordelen tot oprichting van de stichting, maar tevens om de stichting te doen toekomen wat de erflater aan de stichting heeft toebedacht. Breemhaar⁴¹ zoekt de oplossing voor de impasse in de dubbele conversie: naast de conversie van artikel 4:135 lid 2 BW ook de conversie van de making in een lastbevoordeling. F. Schols⁴² is de mening toegedaan dat, indachtig dat de wetgever zich ervan bewust is dat de testamentaire stichting zonder making weinig voorkomt en het feit dat de wetgever de conversie zelf regelt, er sprake is van een uitzondering op de bestaansseis.

Met genoemde schrijvers ben ook ik van mening dat het vermaakte in dit geval aan de testamentaire stichting toe dient te komen. Het nadeel van de oplossing van Perrick acht ik, dat er een overdracht nodig is van de wettelijke erfgenamen naar de testamentaire stichting. Er is ten aanzien van de testamentaire stichting geen sprake van de saisine.⁴³ De oplossing van Breemhaar komt omslachtig voor. De oplossing van F. Schols voldoet aan de eis dat de beste oplossing de eenvoudigste oplossing is. Deze oplossing past ook binnen de ratio van de bestaansseis.⁴⁴

39. Handboek erfrecht, 2006, F.W.J.M. Schols, VIII.2.4.

40. Asser/Perrick 4* 2009, nr. 35.

41. Breemhaar, p. 148.

42. Handboek erfrecht, 2006, F.W.J.M. Schols, VIII.2.4. Zie de verwijzing daar naar Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 468.

43. Art. 4:182 BW.

44. Pitlo/Van der Burgh, Erfrecht, Arnhem: Gouda Quint 1997, p. 67-68, noemt als ratio voor de bepaling het voorkomen van heersen na de dood, het tegengaan van het onttrekken van zaken aan het verkeer en het voorkomen van het in de praktijk brengen van de 'après moi le déluge'-houding.

6 De aanvaarding van de nalatenschap of legaten

Door de bijzondere ontstaanswijze van de testamentaire stichting kan de theoretische vraag worden gesteld of zij de haar gemaakte makingen nog zou dienen te aanvaarden of dat de aanvaarding wellicht al besloten ligt in de ontstaanswijze. Een direct hiermee verband houdende vraag is of de testamentaire stichting de making, in het bijzonder een erfstelling, kan verwerpen. Zou het kunnen zijn dat doordat de stichting door de erflater in het leven is geroepen alleen al om die reden de haar gemaakte makingen niet kan weigeren? Op deze en enkele andere vragen wordt hierna ingegaan.

6.1 Dient de testamentaire stichting wel te aanvaarden?

Ten aanzien van erfstellingen neemt de testamentaire stichting dezelfde positie in als elke andere erfgenaam; dit volgt uit artikel 4:182 BW. De inhoud van deze bepaling, ook wel aangeduid als ‘de saisine’, kent geen onderscheiden soorten erfgenamen. De keuzemogelijkheid die de wet in artikel 4:190 lid 1 BW aan een erfgenaam biedt, is het aanvaarden of verwerpen van de nalatenschap. De aanvaarding kan zuiver zijn of onder het voorrecht van boedelbeschrijving.⁴⁵ Wil een stichting erfgenaam zijn, dan dient de stichting de nalatenschap te aanvaarden, ook als zij is opgericht bij de uiterste wilsbeschikking waarbij zij tot erfgename is benoemd. Hetzelfde geldt ten aanzien van een legaat.

6.2 Verwerping door de testamentaire stichting

Een interessante vraag is of een testamentaire stichting de bevoegdheid heeft de nalatenschap als erfgename te verwerpen. Deze vraag is interessant omdat, zoals hiervoor gezien, de testamentaire stichting dezelfde positie inneemt als elke andere erfgenaam. Maar is dat in alle opzichten het geval? Stel dat een erflater de bij uiterste wilsbeschikking in het leven geroepen stichting gelijktijdig benoemt tot zijn enig erfgename. Indien de stichting vervolgens de nalatenschap verwerpt, wordt geen recht gedaan aan de uiterste wil van de erflater en zouden zijn erfgenamen bij versterf tot zijn nalatenschap gerechtigd zijn. Het recht tot verwerping roept derhalve weerstand op.

Vanuit het perspectief van Boek 2 BW kan worden getracht het middel van doeloverschrijding in stelling te brengen (art. 2:7 BW). Het is echter maar de vraag of dat middel helpt. Artikel 2:7 BW geeft de rechtspersoon de bevoegdheid een rechtshandeling te vernietigen onder twee voorwaarden. Deze voorwaarden zijn:

1. De rechtshandeling is in strijd met het doel.
2. De wederpartij weet of behoort te weten dat de rechtspersoon een beroep kan doen op deze vernietigingsgrond.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat onder ‘doel’ hier verstaan dient te worden het statutaire doel.⁴⁶ Het doel van de testamentaire stichting die tot erfgenaam benoemd is, zal niet vaak omschreven zijn als ‘het zijn van erfgenaam van X’, eerder zal het doel zijn ‘het bevorderen van de volksgezondheid’ of ‘het in stand houden van de postzegelcollectie van X’. De Hoge Raad⁴⁷ is van mening dat bij de beantwoording van de vraag of door een bepaalde rechtshandeling het doel van de rechtspersoon is overschreden, alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen, en de wijze waarop het doel in de statuten van de rechtspersoon is omschreven daarvoor niet alleen beslissend is. Vanuit dit licht bezien zou verwerping kunnen voldoen aan voorwaarde 1 van artikel 2:7 BW. De ratio van artikel 2:7 BW is om de wederpartij zo veel mogelijk zekerheid te verlenen dat de verrichte rechtshandeling geldig is.⁴⁸ Vandaar dat voorwaarde 2 zich richt op de wederpartij, en derhalve het beroep op doeloverschrijding een eenzijdig gerichte rechtshandeling is. De verwerping van een nalatenschap is echter een eenzijdig ongerichte rechtshandeling. Verder kan alleen de rechtspersoon een beroep doen op de doeloverschrijding. Dit zal niet snel gebeuren, aangezien dit door het bestuur gedaan dient te worden dat juist de nalatenschap heeft verworpen.⁴⁹ Doeloverschrijding is derhalve niet het geëigende medicijn tegen ongewenste verwerping door de testamentaire stichting. Mijns inziens is verwerping onder omstandigheden wel te zien als schending van de norm van artikel 2:8 BW.

6.3 Voorrecht van boedelbeschrijving en bestuurdersaansprakelijkheid

Onder omstandigheden zijn bestuurders van een rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk voor rechtshandelingen van die rechtspersoon. In hoeverre dat ook geldt voor krachtens erfrecht verkregen verplichtingen, bespreekt deze paragraaf. Als erfgenaam heeft ook de testamentaire stichting te kiezen tussen aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving en zuivere aanvaarding. De vraag is of beneficiaire aanvaarding ook noodzakelijk is als er – gerede – kans bestaat dat de nalatenschap negatief is. Indien het bestuur van de stichting weet of behoort te weten dat het saldo van de nalatenschap, en daarmee ook het vermogen van de stichting, negatief is, is het bestuur dan niet gehouden de belangen van alle schuldeisers van de nalatenschap in het oog te houden? Als de stichting wegens onvoldoende baten uit de nalatenschap niet aan haar verplichtingen kan voldoen, is er sprake van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Als deze tekortkoming de stichting als schuldenaar kan worden aangerekend, verplicht deze tekortkoming de schuldenaar tot vergoeding van de schade (art. 6:74 BW).

46. Asser-Maeijer 2-II, nr. 74.

47. HR 16 oktober 1992, nr. 14719, NJ 1993, 98 (Westland/Utrecht Hypotheekbank) m.nt. MA.

48. Groene Serie Rechtspersonen, aant. 6 op art. 7 (J.B. Huizink).

49. Blijven over de mogelijkheden dat (eventueel door de rechter benoemde) opvolgend bestuurders tot vernietiging overgaan of de curator bij een eventueel faillissement van de stichting.

45. In art. 4:184 lid 3 BW beneficiaire aanvaarding genoemd.

Bij benadeling van een schuldeiser van een rechtspersoon door het onbetaald en onverhaald blijven van diens vordering kan naast de aansprakelijkheid van de rechtspersoon ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid voor hem die als bestuurder (1) namens de rechtspersoon heeft gehandeld, dan wel (2) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, aldus de Hoge Raad.⁵⁰ Bij de testamentaire stichting kan ten aanzien van nalatenschapsschulden van de eerste grond geen sprake zijn, immers het onbetaald blijven van de vordering vloeit voort uit het handelen van de erflater, niet uit dat van de bestuurder. De andere grond zou, ook voor nalatenschapsschulden, onder omstandigheden wel kunnen gelden 'indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt' (r.o. 3.5). Actie van het bestuur is vereist, zo versta ik ook Verstappen⁵¹ als hij schrijft:

'In geval van een (mogelijk) negatieve nalatenschap zal het ergste wat de stichting kan overkomen het faillissement zijn. Indien na een eerste inventarisatie blijkt dat er inderdaad meer schulden dan baten zijn, kan het bestuur van de stichting zelf het faillissement aanvragen of proberen met de schuldeisers een minnelijke regeling te treffen.'

42 Mij komt het echter voor dat het bestuur beter eerst kan kiezen voor beneficiaire aanvaarding. Indien overleg met de crediteuren niet tot het gewenste resultaat leidt, kan altijd nog faillissement aangevraagd worden.

7 Enkele praktische aspecten

7.1 De aanwending praktisch bezien

Doordat de legitieme portie onder de huidige wet geen goederenrechtelijk effect heeft, zijn de gebruiksmogelijkheden van de testamentaire stichting nagenoeg onbeperkt, ook als er legitimarissen zijn. Zo kan de testamentaire

stichting tot erfgename worden benoemd of tot executeur, zonder dat een legitimaris hierin behoeft te berusten.⁵² In de moderne testamentpraktijk is het gebruikelijk dat een executeur wordt benoemd.⁵³ Met name als de (slechte) onderlinge verhoudingen tussen de erfgenamen daartoe nopen of de erfgenamen elkaar niet kennen of niet op eenvoudige wijze kunnen communiceren, kan de aanstaande erflater het nuttig oordelen een executeur te benoemen. Onder het huidige erfrecht is de positie van de executeur sterker dan ooit. 'De kracht van executeur zit in het feit dat bij de boedelafwikkeling de "macht" wordt geconcentreerd in handen van één persoon, de vertrouwensman van erflater. Met name bij de afwikkeling van een nalatenschap geldt immers "zoveel hoofden, zoveel zinnen"', schrijft B. Schols.⁵⁴ Die kracht kan nog worden vergroot door een testamentaire stichting tot executeur te benoemen. Als executeur⁵⁵ heeft de testamentaire stichting niet meer bevoegdheden dan iedere andere executeur. Toch maakt de keuze voor een stichting het mogelijk de werkwijze en de taken nauwkeurig te omschrijven in de statuten en eventuele bestuursreglementen.⁵⁶ Verder is het, zoals hiervoor gezien, mogelijk na het opmaken van de uiterste wilsbeschikking nog andere personen als eerste of opvolgend bestuurders aan te wijzen. Hierdoor kan de testamentaire stichting fungeren als een maatwerkexecuteur.

Door de testamentaire stichting tot enig erfgename te benoemen, kan deze zelfs tot een 'quasiverdeling' van de nalatenschap overgaan. Zo zou een erflater de testamentaire stichting de last op kunnen leggen alle goederen van de nalatenschap zodanig onder zijn drie neven te verdelen dat zij, in geld uitgedrukt, ieder een derde van de nalatenschap verkrijgen. Doordat het een last betreft, geeft dit de testamentaire stichting nog meer vrijheid door het ontbreken van een vorderingsrecht voor de neven. De mogelijkheden zijn nagenoeg onbeperkt. Als de nalatenschap onroerende zaken bevat, behoeft niet te worden gevreesd voor het verlies van de vrijstelling van artikel 3 Wet op

50. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659. Hoewel dit arrest is gewezen inzake de bestuurder van een bv, is de uitspraak ook geldig voor andere rechtspersonen, omdat de grondslag van de aansprakelijkheid onrechtmatige daad is. Vgl. ook Hof Amsterdam 28 april 2009, LJN BJ6271. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 117 was in 1997 een iets striktere mening toegedaan. Wij lezen daar: 'Het handelen van een rechtspersoon dat als wanprestatie maar niet als onrechtmatige daad van de rechtspersoon is aan te merken, kan een onrechtmatige daad zijn van het bestuur.'

51. Verstappen (1996) 6245.

52. Slechts als sprake is van een inferieure making (art. 4:72 BW), kan dit gevolgen hebben voor niet-onterfde legitimarissen. Niet-onterfde legitimarissen hebben echter geen andere keuze dan verwerping of aanvaarding van de nalatenschap. Aanvaarden zij, dan aanvaarden zij daarmee alle beschikkingen uit de uiterste wil, inclusief de benoeming van executeurs en bewindvoerders. De benoeming van een executeur is nimmer inferieur. De toekenning aan de executeur van bevoegdheden voorkomende uit (afwikkelings)bewind, kan de benoeming wel inferieur maken. Vgl. B.M.E.M. Schols, L'executeur-testamentair est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374.

53. Voor de motieven, zie Handboek erfrecht, 2006, B.M.E.M. Schols, XIV. 11.

54. Handboek erfrecht, 2006, B.M.E.M. Schols, XV.1.

55. Dit geldt zowel voor de begrafenisexecuteur, de beheersexecuteur als voor de executeur-afwikkelingsbewindvoerder. Zie hierover (en over de sterrenaanduidingen van de executeurs) B.M.E.M. Schols, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 277-283.

56. Een voorbeeld. Ingevolge art. 2:291 lid 2 BW kan het bestuur van een stichting niet besluiten tot (o.a.) vervreemding van registergoederen, tenzij dit uit de statuten voortvloeit. In de statuten van de testamentaire stichting zou de bepaling kunnen worden opgenomen dat het bestuur van de stichting bevoegd is tot vervreemding van registergoederen met toestemming van één of meer specifiek genoemde erfgenamen. Deze bepaling heeft externe werking.

belastingen van rechtsverkeer. Ook een lastbevoordeling is immers een verkrijging krachtens erfrecht. Wel gerechtvaardigd is de vraag wat het verschil is tussen de testamentaire stichting met de verplichting de nalatenschap te verdelen en een executeur-afwikkelingsbewindvoerder.⁵⁷ Mijns inziens moet men het verschil vooral zien vanuit de goederenrechtelijke positie die beide innemen. De testamentaire stichting met de verplichting de nalatenschap te verdelen is als enig erfgenaam gerechtigd tot de goederen van de nalatenschap. De executeur-afwikkelingsbewindvoerder is dat per definitie niet. Hij treedt op voor en namens de erfgenamen.⁵⁸ Hierdoor hoeft mijns inziens ook niet de vrees te bestaan dat geconcludeerd moet worden dat er materieel sprake is van bewind in de zin van titel 4.7 BW.⁵⁹ Overigens dient te worden voorkomen dat het erfrechtelijke delegatieverbod⁶⁰ overtreden wordt. Strijd met het delegatieverbod leidt tot nietigheid van de uiterste wilsbeschikking.⁶¹ De wet geeft slechts enkele beperkingen in de werkingssfeer van de (testamentaire) stichting. Zo kan de testamentaire stichting niet bij uiterste wilsbeschikking tot voogd worden benoemd (art. 1:292 lid 2 BW). Ook later kan de rechter de stichting niet aanwijzen als (een van de) gezamenlijke voogden (art. 1:282 lid 4 BW). Dit lot is ook andere rechtspersonen beschoren.

7.2 De algemeen nut beogende instelling (ANBI)

Een testamentaire stichting zal vaak een zogenoemde goeddoelenstichting betreffen. Een dergelijke stichting en haar gulle gevers kunnen onder omstandigheden fiscale voordelen ten deel vallen. Dit is het geval als de stichting voldoet aan de eisen die de wet stelt aan ANBI's.⁶² Indien de testamentaire stichting een instelling is als bedoeld in artikel 6.33 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001, dan is deze stichting ingevolge artikel 32 lid 1 sub 3 SW 1956 vrijgesteld van erfbelasting, voor zover aan de verkrijging niet een opdracht is verbonden, die aan de verkrijging het karakter ontnemt van te zijn geschied in het algemeen belang. Artikel 33 lid 1 sub 4 SW 1956 geeft onder dezelfde

voorwaarde een vrijstelling voor de schenkbelasting.⁶³ Verder zijn giften aan een ANBI, onder voorwaarden, aftrekbaar voor inkomsten- en vennootschapsbelasting. De minister heeft in de artikelen 41a tot en met 41d Uitvoeringsregeling IB 2001 nadere regels gesteld voor de toepassing van het tweede en derde lid van artikel 6.33 Wet IB 2001. Deze nadere regels hebben betrekking op de werkzaamheden van de ANBI (zowel formeel als materieel), het vermogen en de inkomsten van de ANBI, de besteding van het vermogen en op de administratie van de ANBI. Opgemerkt zij dat de Uitvoeringsregeling IB 2001 spreekt van 'regelgeving' en niet van statuten. De ANBI-regels gelden voor een potentieel grote diversiteit aan instellingen,⁶⁴ daarom ligt het voor de hand dat niet gesproken wordt van statuten. Het gevolg is dat de voorschriften ook opgenomen kunnen worden in reglementen. Alleen als de wet voorschrijft dat een onderwerp bij of krachtens de statuten dient te worden geregeld, is het noodzakelijk een statutaire bepaling op te nemen.

In deze paragraaf gaat mijn belangstelling in het bijzonder uit naar de statutaire doelstelling en naar de eisen van de besteding van het vermogen en de inkomsten.⁶⁵ De statuten behoren zodanig te zijn ingericht dat het algemeen belang gediend wordt en dat de leden van het beleidsbepalende orgaan geen uitkeringen uit de ANBI ontvangen. Slechts onkostenvergoedingen en niet bovenmatig vacatiegelden zijn voor hen toegestaan. Het batig liquidatiesaldo dient zodanig te worden aangewend dat het algemeen nut hiermee gediend is. Het vermogen mag niet onnodig groot zijn.⁶⁶ Hiertoe wordt de eis gesteld dat de ANBI niet meer vermogen aanhoudt dan redelijkerwijs nodig is voor de continuïteit van de voorziene werkzaamheden ten behoeve van het doel. Op deze regel is een uitzondering gemaakt voor krachtens uiterste wilsbeschikking of gift verkregen vermogen.⁶⁷ Voor zover de instandhouding van het vermogen, al dan niet in reële termen, voortvloeit uit de aan die uiterste wilsbeschikking of schenking verbonden voorwaarden, wordt geacht voldaan te zijn aan de hiervoor genoemde eis.

Voor de fiscale positie van de ANBI en haar beneficiarissen is verder van belang het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 27 november 2008.⁶⁸ De staatssecretaris onderkent de mogelijkheid dat de statuten bij oprichting van de testamentaire stichting niet voldoen aan de ANBI-eisen. Ter beoordeling van de statuten keurt de staatssecretaris goed dat uitgegaan wordt van de na het overlijden van de erflater gewijzigde statuten. De stichting wordt dan met terugwerkende kracht tot aan haar

57. Een driesterrenexecuteur, zie ook noot 55.

58. Aldus art. 4:145 lid 2 BW. B.M.E.M. Schols, Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder. Zijn ware aard, civiel en fiscaal. Een onderzoek naar de grondslagen van executele als erfrechtelijke verbintenis (diss. Nijmegen), 2007 (handelseditie Deventer: Kluwer 2007 onder de titel: Executele), laat zien dat hierover ook anders gedacht kan worden: de executeur als vertegenwoordiger van de erflater.

59. Ingeval de regeling materieel wel een bewind is, dan zijn die bepalingen van toepassing. 'De naam van het beestje is irrelevant. Is in materiële zin sprake van bewind, dan geldt ook de regeling inzake bewind', aldus Schols (1999) 6374, onder verwijzing naar de parlementaire behandeling. In gelijke zin F.W.J.M. Schols, Certificering en het stemrechtloze aandeel als alternatief voor bewind, WPNR (2008) 6737. F. Schols wijst erop dat voor certificering en bewind dezelfde motieven kunnen gelden zonder dat tot de conclusie dwingt dat er sprake is van bewind.

60. Asser/Perrick 4* 2009, nr. 115; Handboek erfrecht, 2006, F.W.J.M. Schols, nr. VI.1.8.

61. Asser/Perrick 4* 2009, nr. 115. Er dient echter niet te snel tot overtreding van dit verbod te worden geconcludeerd. Vgl. ook Handboek erfrecht, 2006, F.W.J.M. Schols, nr. VI.1.8 en par. 4.3.

62. Zie voor uiteenzetting door de Belastingdienst <www.belastingdienst.nl/variaabel/niet_commerciele_organisaties/niet_commerciele_organisaties-20.html>.

63. Zie S.J.C. Hemels, Een eerste evaluatie van de nieuwe anbi-regeling, WFR 2008, p. 249, voor een praktijkevaluatie van het tussen 1 januari 2008 en 31 december 2009 geldende ANBI-regime.

64. De regels gelden immers ook voor niet-Boek 2-rechtspersonen en instellingen uit andere EU-landen en de Nederlandse Antillen en Aruba.

65. In het bijzonder ga ik niet in op de vraag of het niet de taak is van de wetgever om aan te geven wat 'algemeen nut' inhoudt, en niet de taak van de administratie. Zie hierover o.a. Hemels 2008, p. 249.

66. Art. 41b lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001.

67. Art. 41b lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001.

68. Besluit van 27 november 2008, nr. CPP2008/2130M, Strct. nr. 235, VN 2008/59.16, waarover L.M. Walcott, Anbi 2009, FBN 2009, p. 3. Zie ook NTFR 2008-2389 met (kritische) noot van de redactie.

oprichting aangemerkt als ANBI, mits de statutenwijziging plaatsvindt binnen acht maanden na het overlijden van de erflater.

De wijziging van de Successiewet 1956 per 1 januari 2010 bracht een fundamentele wijziging in het ANBI-regime: de invoering van een moraliteitstoets. Een bestuurder van een ANBI mag, op straffe van verlies van de ANBI-status, zich niet schuldig hebben gemaakt aan een zodanig misdrijf dat twijfels zijn ontstaan omtrent de integriteit van die persoon, zijn respect voor andermans persoon of goed of de Nederlandse rechtsorde. Ook indien de ANBI zelf onherroepelijk is veroordeeld voor bij ministeriële regeling vast te stellen misdrijven, kan de ANBI-status worden ontnomen.

8 Slot

De testamentaire stichting is een voor vele doeleinden inzetbaar vehikel, of het nu gaat om het in stand houden van familievermogen, een goededoelenfonds, het bevoorraden van hen die ten tijde van het overlijden nog niet bestaan, of een flexibele executeur. Mits rekening wordt gehouden met de fundamentele van de stichting en de beperkingen die daaruit voortvloeien, is er nagenoeg geen beperking in de toepassing.

Doordat de wettelijke regeling van de testamentaire stichting uitermate flexibel is, is er een grote toekomst voor de testamentaire stichting weggelegd als maatwerkrechtspersoon.