

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent
Academiejaar 2014- 2015

**De planning van de nalatenschappen van de ouders van een
mentaal gehandicapt kind en de nieuwe wetgeving inzake het
bewind**

Masterproef in het kader van de opleiding “Master in de Rechten”

Ingediend door

Helena Hoogewys

(01001808)

PROMOTOR: PROFESSOR Dr. JAN BAEL
COMMISSARIS: De heer DAAN DE WITTE

Woord vooraf

Dat de Wet van 17 maart 2013 m.b.t. de bekwaamheidsstatuten, die ik als parlementair hoofdindieners, in de voetsporen van mijn voorganger, Luc Goultry, mocht “begeleiden”, van groot juridisch belang is, was menig rechtspracticus waarschijnlijk wel al duidelijk geworden: het jarenlang minutieus voorbereid wetsvoorstel grijpt immers op belangrijke wijze in op de problematiek van de wilsbekwaamheden en herschikt en vereenvoudigt, maar vooral “vermenselijkt” de bestaande juridische categorieën.

Dat deze wet verder ook maatschappelijk een grote rol zal gaan spelen behoeft geen betoog: in onze vergrijzende en steeds ouder wordende samenleving, zullen hoe langer hoe meer mensen, maar vooral ook gezinnen en families met deze problematiek in aanraking komen...

Daarom dan ook is het van belang dat deze wetgeving het voorwerp uitmaakt, niet enkel van de juridische praktijk, maar ook van kritisch en analytisch academisch onderzoek, dat liefst van al dan ook nog een keertje resulteert in rechtsleer die niet alleen voor de rechtspractici onder ons, maar ook en vooral voor de betrokken “partijen” praktische informatie kan bevatten: *the proof of the pudding is in the eating...*

Vandaar dan ook het belang van deze Masterproef van Helena HOOGEWYS, die niet enkel slaagt in een grondige analyse van de wetgeving, doch daarenboven ook een handig naslagwerk kan worden voor menige rechtszoekende die vragen heeft bij deze hele nieuwe wetgeving.

Raf Terwingen

Maasmechelen, 5 mei 2015

Inhoudstafel

Inhoudstafel	4
1. Voorwoord	8
2. Inleiding	9
3. Omschrijving van het onderwerp	11
4. Totstandkoming van de wet van 17 maart 2013 inzake bewind	12
4.1. Inleiding	12
4.2. VN- Verdrag 13 december 2006 betreffende de rechten van een persoon met een handicap	13
4.3. Andere aanleidingen voor de wet van 17 maart 2013	16
5. Krachtlijnen van de nieuwe wet inzake bewind	20
6. De gevolgen op het vlak van familiale vermogensplanning sinds de inwerkingtreding van de wet van 17 maart 2013 inzake bewind	22
6.1. Inleiding	22
6.2. Problemen	22
7. Het zorgprobleem	24
7.1. Inleiding	24
7.2. Problematiek	27
7.2.1. Continuïteit	27
7.2.2. Financiële, sociale en fiscale bekommernissen	27
7.2.3. De medewerking van het gehandicapte kind is vereist	32
7.3. Contractuele mogelijkheden	33
7.3.1. Verzorgingscontract	33
7.3.2. Schenking of legaat onder last	34
7.3.3. Een externe organisatie inschakelen voor het zorgprobleem	40
7.3.4. Ambulante of residentiële verzorging	40
7.4. Nieuwe mogelijkheden sinds de inwerkingtreding van de wet inzake bewind ..	40
7.4.1. Algemeen	40
7.4.2. Opeenvolgende aanduiding bewindvoerders	41
7.4.3. Vertrouwenspersoon	43
7.4.4. Wijziging Patiëntenrechtenwet	43
8. Bestuursprobleem	45
8.1. Inleiding	45
8.2. Contractuele regelingen	46
8.2.1. Gehuwde ouders	46
8.2.2. Budgetbegeleiding- en beheer	48
8.2.3. Schenking of legaat met een bewindsclausule	50
8.3. Rechterlijke beschermingsmaatregelen	51
8.3.1. Inleiding	51
8.3.2. Nieuwe mogelijkheden sinds de wet van 17 maart 2013 inzake bewind	52
8.3.3. De gevolgen van de onbekwaamverklaring	53
8.3.4. Gehuwde ouders	58
8.3.5. Nadelen van de gerechtelijke bescherming	58
8.3.6. Besluit inzake de gerechtelijke bescherming	60
8.3.7. Tussenoplossing	61
9. Alternatieven voor de gerechtelijke bescherming	62

9.1.	Inleiding.....	62
9.2.	Private stichting	63
9.2.1.	Inleiding	63
9.2.2.	Doel en werking van de private stichting.....	64
9.2.3.	Oprichting van de private stichting.....	65
9.2.4.	Bestuur van de private stichting	65
9.2.5.	Ontbinding van de stichting	67
9.2.6.	De belangrijkste kenmerken van de Belgische private stichting	67
9.2.7.	Pijnpunten van de huidige wetgeving inzake private stichting.....	68
9.2.8.	Wetsvoorstel van 15 september 2014.....	69
9.2.9.	De private stichting als bewindvoerder	72
9.2.10.	De private stichting als buitengerechtelijke bescherming.....	73
9.2.11.	Besluit.....	73
9.3.	Het administratiekantoor	74
9.3.1.	Inleiding	74
9.3.2.	Certificering van aandelen	75
9.3.3.	Wettelijke reserve van de erfgenamen.....	77
9.3.4.	Belgisch of Nederlands administratiekantoor	78
9.3.5.	De private stichting als certificeringsvehikel	80
9.3.6.	De VZW lijkt minder geschikt.	81
9.3.7.	Besluit	82
9.4.	Trust.....	83
9.4.1.	Inleiding	83
9.4.2.	De trust in België.....	83
9.4.3.	De Angelsaksische trust	84
9.4.4.	Soorten trust	85
9.4.5.	Trustwerking in het Belgische recht	87
9.4.6.	Trust en vermogensplanning.....	89
9.4.7.	De trust vanuit fiscaal oogpunt.....	91
9.4.8.	Besluit	91
9.5.	Maatschap.....	92
9.5.1.	Begrip.....	92
9.5.2.	Oprichting en bestuur	93
9.5.3.	Behoud van controle.....	94
9.5.4.	De maatschap als instrument voor familiale vermogensplanning.....	94
9.5.5.	De burgerlijke maatschap is fiscaal transparant.....	96
9.5.6.	Besluit	96
9.6.	De alternatieve figuren met elkaar vergeleken	97
9.6.1.	Inleiding	97
9.6.2.	De maatschap vergeleken met de private stichting.....	97
9.6.3.	De maatschap en trust vergeleken met elkaar	98
9.6.4.	De trust en private stichting ten opzichte van elkaar	98
10.	Buitengerechtelijke bescherming	99
10.1.	Inleiding.....	99
10.2.	Kenmerken van de buitengerechtelijke bescherming.....	100
10.2.1.	Lastgeving.....	100
10.2.2.	Wilsbekwaamheid	102
10.2.3.	Private sfeer.....	102

10.2.4.	Registratie	103
10.2.5.	Inwerkingtreding	104
10.2.6.	Controlemechanismen	105
10.2.7.	Lastgeving met betrekking tot de goederen.....	105
10.2.8.	Bezoldiging.....	106
10.2.9.	Keuze van de lasthebber	106
10.2.10.	Bevoegdheden van de lasthebber	107
10.2.11.	Beëindiging van de lastgeving	107
10.2.12.	Nadelen van de lastgeving	107
10.3.	Buitengerechtelijke bescherming via stichting	108
10.3.1.	Buitengerechtelijke bescherming via private stichting.....	108
10.3.2.	Buitengerechtelijke bescherming via stichting van openbaar nut	109
11.	Capita selecta bij de bespreking van de nieuwe wet inzake bewind	112
11.1.	Inleiding.....	112
11.2.	Privacy van de beschermdde persoon	112
11.3.	Professionele bewindvoerder	113
12.	Besluit.....	117
13.	Bibliografie.....	121
13.1.	Wetgeving	121
13.1.1.	Verdragen en Europese aanbevelingen.....	121
13.1.2.	Wetten.....	121
13.1.3.	Vorbereidende werken	122
13.2.	Rechtspraak.....	123
13.3.	Rechtsleer	123
13.4.	Diversen.....	127
14.	Bijlagen	129

1. Voorwoord

Deze masterproef vormt het sluitstuk van mijn rechtenstudie. Ik was mij er bewust van dat dit onderwerp een grote uitdaging zou worden, maar heb dit met veel plezier opgenomen.

Deze materie sprak mij heel hard aan omdat ik persoonlijk geconfronteerd ben met de problematiek en merk hoe noodzakelijk een degelijke vermogensplanning is opdat het kind met een beperking, zijn ouders, zijn broers en zussen de toekomst met een gerust hart tegemoet kunnen gaan.

De uitdaging bestond er voor mij vooral in een duidelijke kijk te creëren in een labyrint van mogelijkheden en uit te zoeken welke nieuwe mogelijkheden er ontstaan zijn sinds de invoering van het bewind.

Graag wil ik mijn promotor, professor Dr. Jan Bael, bedanken omdat hij mij de mogelijkheid bood om dit onderwerp verder uit te diepen en mijn interesse wist te wekken in het domein van de familiale vermogensplanning.

Daarnaast wens ik ook mijn commissaris, de heer Daan De Witte, te bedanken voor zijn begeleiding en ondersteuning.

Vervolgens wens ik de heer Tim Wuyts en de heer Raf Terwingen te bedanken voor de tijd die ze vrij gemaakt hebben om mijn vragen te beantwoorden. Dankzij hen kon ik de nieuwe wet inzake bewind bekijken 'van binnenuit'. Ik wil hen graag bedanken voor de andere invalshoeken die ze me soms boden.

Daarnaast wens ik de heer Rudi Mattheus te bedanken voor de informatie die hij me ter beschikking stelde over de AXIS- stichting.

Ik wil graag mijn vriend bedanken voor de ontspanning en rust die hij me gaf wanneer ik dat nodig had. Bedankt dat je me doorheen dit hele proces hebt gesteund en me leerde relativeren wanneer dat nodig was.

Ik wil graag mijn broer, zus en vrienden bedanken, omdat jullie er toch altijd voor mij waren, ook al kon ik er niet altijd voor jullie zijn.

Tot slot wens ik mijn mama te bedanken, en niet alleen voor het nalezen. Zonder haar had ik deze studie nooit kunnen voltooien, niet alleen op financieel vlak, maar ook op persoonlijk vlak. Je leerde me niet op te geven 'en altijd vooruit te gaan'.

Bedankt voor alles.

2. Inleiding

De dood blijft voor vele mensen taboe, iets waar liever niet bij stil gestaan wordt. Toch kan men door het taboe tijdig te doorbreken aan de nabestaanden heel wat problemen besparen. Vandaag worden de nabestaanden nog te vaak geconfronteerd met “Wat nu?”, “Wat zou de overledene gewild hebben, hoe moet het nu verder?”. Bovendien zouden er vaak veel erfbelastingen bespaard kunnen worden, indien er voorafgaandelijk regelingen getroffen waren in het geval van overlijden.

Een degelijke regeling voorzien is allesbehalve zinloos, want als er één zekerheid is in het leven, is het wel dat we allemaal op een dag zullen sterven.

Wanneer er enkel meerderjarige kinderen zijn, zijn er heel wat opties mogelijk, maar er zijn helaas minstens even veel problemen die kunnen opduiken.

Er zijn evenwel ook gezinnen waarbij het gaat om kinderen die fysiek wel meerderjarig zijn, maar die nooit volledig zelfstandig zullen kunnen functioneren. In deze gevallen is het vaak nog moeilijker om tot de meest passende oplossing te komen. Het vraagt een moeilijke evenwichtsoefening om zoveel als mogelijk rekening te houden met de belangen en de autonomie van het gehandicapte kind. Wanneer het kind echter niet voldoende zelfstandig is om zijn toekomst te kunnen uitbouwen en hiervoor afhankelijk is van anderen, zullen de ouders er best alles aan doen om zo veel als mogelijk te regelen op voorhand.

Voor deze gemoedsrust zijn ze vaak bereid grote sommen geld opzij te zetten, maar, hoever mag/kan men hierin gaan? En wat als er andere broers of zussen zijn?

Het is aangewezen dat ouders zoveel als mogelijk tijdens hun leven de toekomst van het gehandicapte kind uitstippelen voor het geval zij er niet meer zijn of niet meer voor hun kind kunnen zorgen, doordat ze bijvoorbeeld zelf hulpbehoevend zijn geworden.

Willen ze hun kind laten opnemen in een daarvoor voorziene instelling of geven ze er toch de voorkeur aan het kind verder te laten leven in een familiale omgeving? En zijn er vrienden of familieleden bereid het kind te omringen met de hulp die het nodig zal hebben?

In deze masterproef wil ik ouders die zich in deze situatie bevinden een vlot toegankelijk overzicht geven van de verschillende mogelijkheden die er zijn. Uiteraard wordt veel bepaald door de familiale toestand en de financiële mogelijkheden van het gezin.

Bij het overlopen van de verschillende mogelijkheden zal ik de grootste veranderingen op het vlak van familiale vermogensplanning welke de wet inzake bewind van 17 maart 2013¹ (hierna de wet inzake bewind) realiseert, aanhalen.

De gerechtelijke bescherming is niet de enige manier om de toekomst van het gehandicapte kind veilig te stellen. Naast de gerechtelijke bescherming zijn er ook alternatieven. De mogelijkheden met hun eventuele voor- en nadelen worden eveneens aangehaald.

Vervolgens ga ik in op de buitengerechtelijke bescherming. Dit is naast de gerechtelijke bescherming het andere luik van de wet van 17 maart 2013. Het nut van deze wetgeving is niet te onderschatten, gelet op het steeds toenemende maatschappelijke belang van deze regeling.

Ten slotte wil ik ook enkele zaken bespreken die de ouders mee kunnen nemen in hun beoordeling om het kind al dan niet onder bewind te laten plaatsen.

¹ Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, *BS* 14 juni 2013.

3. Omschrijving van het onderwerp

Gelet op de omvang van deze rechtsproblematiek, is het relevant om voorafgaandelijk het onderwerp nauwkeurig af te bakenen.

Deze masterproef zal beperkt worden tot situaties waarbij het gehandicapte kind reeds meerderjarig is en nog minimaal één ouder in leven heeft.

Wanneer er dus gesproken wordt over een “kind”, dan wordt hiermee verwezen naar afstammeling en niet naar de situatie waarin een persoon de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt.

Ik zal me ook beperken tot de gevallen waarin het kind een mentale handicap heeft. Deze materie is het interessantst gezien de nieuwe wet inzake bewind, voornamelijk betrekking heeft op meerderjarigen met een mentale beperking. Voor fysiek gehandicapte kinderen zijn er in beginsel geen veranderingen.

Tevens zal ik me beperken tot “klassieke gezinnen” met gemeenschappelijke kinderen. (abstractie wordt gemaakt van nieuw samengestelde gezinnen, al dan niet met kinderen uit een vorige relatie).

Er wordt uitgegaan van de situatie waarin het kind blijvend ongeschikt is om zijn belangen waar te nemen en te behartigen. Er zijn echter ook situaties mogelijk, waarin de toestand van het kind toch nog kan evolueren. Wanneer dergelijke situaties aan de orde zijn bij de bespreking van een bepaalde mogelijkheid of rechtsfiguur, dan wordt dit uitdrukkelijk aangehaald bij de omschrijving van het begrip.

Deze masterproef beperkt zich tot kinderen die zelf geen eigen afstammelingen hebben en niet gehuwd zijn.

In deze masterproef werd rekening gehouden met de wetgeving van toepassing tot en met 31 maart 2015.

4. Totstandkoming van de wet van 17 maart 2013 inzake bewind

4.1. Inleiding

De materie van de handelingsonbekwaamheid voor meerderjarigen is sinds enkele jaren in beweging. Sinds 2001 schaaft men de statuten van de handelingsonbekwaamheid voortdurend bij, zoveel als mogelijk rekening houdend met het belang van iedereen (de betrokkene, de ouders, de bewindvoerder, enzovoort...). Dat was nodig gezien de maatschappelijke visie van de “handelingsonbekwame” in de loop der jaren aanzienlijk geëvolueerd is. Een bijsturing van de wet drong zich dan ook echt op.

Na verschillende wetwijzigingen sinds 2007 werd de kers op de taart gezet door de samenvoeging van de verschillende statuten tot één statuut in de wet van 17 maart 2013.

Deze nieuwe regeling vertrekt vooral vanuit het statuut van het voorlopige bewind, maar er zijn toch enkele grote verschillen tussen het bewind en het voorlopig bewind, waarover later meer. Waar het op papier een vereenvoudiging lijkt, blijkt al snel in de praktijk dat er heel wat meer bij komt kijken dan de loutere samenvoeging van al deze statuten tot het statuut van ‘de beschermdde persoon’.

De voornaamste aanleiding voor de wijziging van het statuut van de gehandicapte persoon is wellicht het VN- verdrag van 13 december 2006 betreffende de rechten van een persoon met een handicap².

Wanneer we echter een klein decennium terug gaan in de tijd, zien we dat er toch ook dan al enige initiatieven werden genomen tot aanpassing van het juridisch statuut. Deze vroegere stappen van de wetgever leverden niet zo heel veel op, maar ze legden wel de grondslag voor het idee dat het juridisch denkkader omtrent personen met een beperking moest veranderen. We kunnen hierbij denken aan de hervorming van het voorlopig bewind in 2003³. Zoals Neil Armstrong het ongeveer vijftig jaar geleden zei: *“This is one small step for a man, one giant leap for mankind”*

Naast dit VN- Verdrag in 2006 waren er nog twee Europese stimulansen die ervoor zorgden dat de hervorming van het onbekwaamheidsstatuut op de agenda kwam.

Eenzijds was er de aanbeveling in 1999 over de beginselen inzake de wettelijke bescherming van meerderjarige onbekwamen⁴.

Anderzijds volgde een nieuwe aanbeveling tien jaar later. Deze aanbeveling handelde over voortdurende volmachten en voorafgaande richtlijnen in geval van onbekwaamheid⁵.

² Hierna het VN- verdrag van 2006.

³ Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, BS 31 december 2003.

⁴ Principe 5 en 6 recommendation 99 (4) on principles concerning the legal protection of incapable adults.

4.2.VN- Verdrag 13 december 2006 betreffende de rechten van een persoon met een handicap

Met het VN- verdrag van 13 december 2006 werd het eerste mensenrechtenverdrag betreffende gehandicapten ingevoerd. Het verdrag werd geratificeerd door 139 lidstaten⁶, waaronder België⁷.

In artikel 3 van het Verdrag wordt in acht principes de geëvolueerde maatschappelijke visie verwoord.

Deze principes vormen meteen het uitgangspunt voor het VN- Verdrag van 2006.

Article 3 - General principles

The principles of the present Convention shall be:

- a. Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one's own choices, and independence of persons;*
- b. Non-discrimination;*
- c. Full and effective participation and inclusion in society;*
- d. Respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity;*
- e. Equality of opportunity;*
- f. Accessibility;*
- g. Equality between men and women;*
- h. Respect for the evolving capacities of children with disabilities and respect for the right of children with disabilities to preserve their identities.⁸*

Uit dit artikel valt af te leiden dat men er naar streeft om gehandicapte personen op maximale wijze te integreren in alle aspecten van de samenleving⁹.

Het uiteindelijke doel van het VN- verdrag van 2006 was dat het denkkader over gehandicapte personen werd veranderd. Het zelfbeschikkingsrecht moest centraal komen te

⁵ Recommendation 09 (11) concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity.

⁶ Cijfer afkomstig van www.un.org/disabilities, (consultatie 24 februari 2014).

⁷ Wet 13 mei 2009 houdende de instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en met het facultatief protocol bij dat Verdrag, BS 22 juli 2009.

⁸ Art. 3 VN- Verdrag inzake rechten van personen met een handicap van 13 december 2006, www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml.(consultatie 19 april 2014).

⁹ P. DE HERT, A. HOEFMANS, "Gehandicapten hebben eigen mensenrechtenverdrag", *Juristenkrant* 2007, afl 150, 13.

staan en bij de rechterlijke beschermingsmaatregelen moest een waarborg geboden worden dat men de wil en de belangen van de gehandicapte personen respecteert.¹⁰



11

¹⁰ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 74.

¹¹ http://www.tekeningenbank.nl/zoek_popup.php?id=563. (consultatie 9 april 2015).

De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit uit de wet inzake bewind vinden hier hun oorsprong, zoals blijkt uit onderstaand artikel¹².

Article 12 - Equal recognition before the law

1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.
2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.
3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.
4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.
5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.

Opmerkelijk aan dit verdrag is dat er eigenlijk geen nieuwe rechten in het leven geroepen worden. Het verdrag voorziet enkel in een coördinatie van de reeds bestaande rechten in de verschillende facetten van de samenleving. Er wordt hoogstens een nieuwe dimensie gegeven aan reeds bestaande rechten¹³.

Bij het opmaken van dit verdrag wist men dat het erg moeilijk zou zijn voor de lidstaten om de vooropgestelde doelstellingen te verwezenlijken, want de positie van de gehandicapte in alle facetten van de samenleving moest aangepast worden. Om de lidstaten op weg te

¹² Art. 12 VN- Verdrag inzake rechten van personen met een handicap van 13 december 2006, www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml, (consultatie 5 maart 2015).

¹³ P. DE HERT, A. HOEFMANS, "Gehandicapten hebben eigen mensenrechtenverdrag", *Juristenkrant* 2007, afl 150, 13.

helpen, voorziet het verdrag in een stappenplan, met als doel om uiteindelijk de gehandicapten op gelijke voet met andere personen te behandelen.

Niet in alle gevallen wordt die voorgestelde behandeling op gelijke voet even hard nagestreefd. In sommige gevallen was het bijna onmogelijk om de uitoefening van die rechten praktisch aan te passen aan de mogelijkheden van een persoon met een beperking. In andere gevallen koos men er bewust voor om de gehandicapte persoon niet op dezelfde voet te behandelen als een wilsbekwame persoon. Ten slotte was het in bepaalde gevallen politiek niet mogelijk om tot een akkoord te komen over de uitoefening van bepaalde rechten. Vaak gaat het hier om ethisch gevoelige punten, zoals het recht op leven.¹⁴

In België was er nood aan nieuwe wetgeving om tegemoet te komen aan de doelstelling van het VN- verdrag van 13 december 2006 betreffende de rechten van een persoon met een handicap.

We kunnen met enige voorzichtigheid wel stellen dat de in het verdrag vooropgestelde doelstellingen, zoals subsidiariteit, proportionaliteit en het streven naar maximale autonomie, in de Belgische wetgeving naar behoren uitgewerkt zijn. In het kader van deze masterproef lijkt het me niet relevant alle facetten van het VN- Verdrag van 2006 te bespreken, maar beperken we ons tot het bespreken van het juridische statuut van de gehandicapte persoon.

Er moest afgestapt worden van het vertegenwoordigingsregime en overgeschakeld worden naar een ondersteuningsmodel.

Hoe België deze denkwijze heeft geïmplementeerd in het Belgische recht wordt verder in deze masterproef uitgebreid besproken.

Toch kunnen hier al twee kernwoorden bij vermeld worden, waarvan de draagwijdte verder zal worden ingevuld doorheen deze masterproef: subsidiariteit en proportionaliteit.

4.3. Andere aanleidingen voor de wet van 17 maart 2013

De eerste wetgevende initiatieven dateren reeds van 2000. Vooraleer er sprake was van het VN- Verdrag van 2006 is er in België ook al een en ander in beweging.

Begin 2000 nam men meestal zijn toevlucht tot de regeling van het voorlopig bewind, gezien die regeling relatief soepel was in vergelijking met andere mogelijke oplossingen. Men werd immers niet onmiddellijk over de hele lijn onbekwaam bevonden. Er was helaas wel enkel een regeling voorzien met betrekking tot het vermogen van de onbekwame persoon. Met betrekking tot zijn persoon kon de onbekwame persoon nog alle handelingen stellen die hij

¹⁴ P. DE HERT, A. HOEFMANS, "Gehandicapten hebben eigen mensenrechtenverdrag", *Juristenkrant* 2007, afl 150, 13.

wou. Toen men in 2003 besliste om het voorlopig bewind te moderniseren, besliste men om de andere statuten mee op te nemen in die wijzigingen.

Het doel van de nieuwe wetgeving bestond er dan ook vooral in te moderniseren, te harmoniseren en te vereenvoudigen.¹⁵

In 2005 werden de diverse regelingen andermaal onder handen genomen¹⁶. De modernisering die men dan wenste door te voeren, wilde men doorvoeren vanuit de visie van soepelheid, zoals in het voorlopig bewind, die men sinds 2000 koesterde. De ingeslagen weg om het vermogensbeheer te regelen conform de regeling van het voorlopig bewind en de regeling van de voogdij te weerhouden met betrekking tot de bescherming van de persoon, werd verder gezet¹⁷.

Hierop kwam heel wat protest vanuit het middenveld, voornamelijk vanuit de zorgsector, dat streefde naar een grotere emancipatie van de gehandicapte. Men was van oordeel dat het belangrijk was om meer rekening te houden met het welzijn van de beschermde persoon. Het middenveld zorgde voor een ware blokkade, zodat de wetgever niet anders kon dan rekening te houden met hun wensen.

Bovendien was er ook op andere juridische domeinen een toenemende emancipatie en participatie. Zo is er in de Patiëntenrechtenwet¹⁸ uiteindelijk ook voorzien in participatierechten voor gehandicapten.

In de eerder genoemde wet van 2005 was het uitgangspunt de eigen wil en het geluk van de beschermde persoon, maar verder ging de inspraak niet. Wanneer men aan mensen die onder de vorige statuten stonden, vraagt hoe het aanvoelde om onder voorlopig bewind geplaatst te worden, blijkt globaal gezien dat ze vinden dat ze hun autonomie kwijt zijn, ondanks het feit dat er toch al werd rekening gehouden met hun resterende capaciteiten. De psychologische impact van dergelijk vonnis is zeker niet te onderschatten.

In 2007 werd dan onder andere door de heer Goutry een nieuw wetsvoorstel ingediend dat beoogde de hervormingen van 2003 die nog niet waren doorgevoerd, toch in een wet te krijgen^{19 20}.

¹⁵ T. WUYTS, "Onbekwamen in het vermogensrecht" in R. BARBAIX en N. CARETTE, *Tendensen vermogensrecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 87-89.

¹⁶ Wet van 15 juni 2005 tot wijziging van artikel 488bis van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 1727 van het Gerechtelijk Wetboek, *BS 30 juni 2005*.

¹⁷ WUYTS, T., "Onbekwamen in het vermogensrecht" in R. BARBAIX en N. CARETTE, *Tendensen vermogensrecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 88-89.

¹⁸ Wet van 22 augustus 2002 houdende de rechten van de patiënt, *BS 26 september 2002*.

¹⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving inzake de onbekwaamheidsstatuten wat de invoering van een globaal statuut betreft, *Parl. St. Kamer 2007-08, nr 52K1356/001*.

²⁰ F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW 2013-14*, 563.

Uiteindelijk diende de heer Terwingen in 2011 een nieuw voorstel in, dat grotendeels gebaseerd was op het voorstel van de heer Goutry e.a. Dit wetsvoorstel is uiteindelijk wel door de stemming geraakt en resulteerde in de wet van 17 maart 2013.

Het was de eerste wet waarbij er volwaardig rekening gehouden werd met het welzijn van de gehandicapte persoon bij het instellen van de rechterlijke beschermingsmaatregelen.

Naast de rechterlijke beschermingsmaatregelen voorziet de wet ook in een luik van buitengerechtelijke bescherming²¹, waarmee heel wat mogelijkheden worden geboden voor de periode waarin men niet langer bekwaam is om zijn wil uit te drukken of zijn vermogen te beheren. Door die voorafgaandelijke regeling te treffen, heeft men de zekerheid dat er later maximaal rekening zal gehouden worden met de wensen van de persoon. De voorwaarde voor de buitengerechtelijke bescherming is wel dat men tijdens het organiseren van de buitengerechtelijke bescherming wilsbekwaam moet geweest zijn. Hierover later meer²².

De lange wachttijd tot de modernisering van de wetgeving was het wachten waard.

De wetgever benaderde het statuut van de gehandicapte persoon vanuit een totaal andere invalshoek en probeerde zoveel mogelijk de krachtlijnen van het VN- verdrag van 2006 in het Belgische recht te implementeren²³.

Zo koos de wetgever bewust voor de term bewindvoerder en niet voor de term voogd, omdat dit een neutralere term is. Het heeft geen negatieve bijklank. Er zijn ook bewindvoerders voor afwezig en onbeheerde nalatenschappen. Het wijst niet direct op het feit dat men iemand onbekwaam acht om zijn wil te vertegenwoordigen. Het was bovendien het middenveld zelf die deze term aanreikte.

Men koos er ook voor om de term 'voorlopig' voor bewindvoerder weg te laten. Vaak gebruikten advocaten dit woord om hun cliënten wat te sussen. Het was maar voorlopig dat men onder bewind werd geplaatst. Door het woord 'voorlopig' te laten vallen, wou men komaf maken met de valse geruststellingen en de cliënt duidelijk laten weten waar hij aan toe was.

Ook voor de gehandicapte persoon koos men terminologie die een minder negatieve bijklank heeft. Men liet termen als 'onbekwaamverklaarde', 'onder voogdij geplaatste persoon' of 'pupil' bewust achterwege omdat men er zich bewust van was dat dergelijke terminologie de integratie in de samenleving zou bemoeilijken. Men besliste de term 'beschermden personen' te gebruiken.

De wetgever is van mening dat het nieuwe statuut niet zal leiden tot een toename of afname van het aantal rechterlijke beschermingsmaatregelen.

Om over te gaan tot een rechterlijke beschermingsmaatregel moet men immers nog steeds terugvallen op dezelfde principes.

²¹ Art 489- 490/2 BW.

²² Zie onder rubriek 10.

²³ F. SWENNEN, " De meerderjarige beschermden personen (deel I), *RW* 2013-14, 564-565.

Elke belanghebbende partij kan een verzoek aan de griffie van het vrederecht richten om een welbepaalde persoon onder gerechtelijke bescherming te laten plaatsen²⁴. Het is nog steeds de vrederechter die moet beslissen of die persoon in staat is zijn wil uit te drukken en deel te nemen aan alle facetten van het rechtsverkeer.

De personen die reeds onder een onbekwaamheidsstatuut stonden en nu een omzetting doorvoeren of verwachten, hebben grote toekomstperspectieven. Ze kijken uit naar een ruimere autonomie, het recht om hun dossier in te kijken en andere mogelijkheden, hen geboden door de wet van 17 maart 2013.

²⁴ Art. 1238,§1 Ger. W.

5. Krachtlijnen van de nieuwe wet inzake bewind

Doorheen de vorige delen werden al heel wat elementen van de wet inzake bewind aangehaald. Alvorens dieper in te gaan op de alternatieven voor dit bewind, lijkt het me gepast, bij wijze van overzicht, de essentie van de nieuwe wet inzake bewind nog eens op te lijsten.

Het nieuwe bewind is van toepassing op *“Elke meerderjarige die wegens fysieke of psychische gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is zonder bijstand of andere beschermingsmaatregel zijn belangen van vermogensrechtelijke of niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen, of die zich in een staat van verkwisting bevindt”*²⁵.

De wet van 17 maart 2013 bestaat eigenlijk uit twee luiken, een buitengerechtelijke en een gerechtelijke bescherming²⁶.

Het buitengerechtelijk luik bestaat uit een conventionele lastgeving²⁷. Dit kan wel enkel met betrekking tot de goederen²⁸.

Over de concrete werking van de buitengerechtelijke bescherming wordt later ingegaan²⁹.

Pas wanneer er niet werd voorzien in een buitengerechtelijke bescherming en vertegenwoordiging of bijstand zich opdringt, zal voorzien worden in een gerechtelijke bescherming. De vrederechter spreekt zich dan uit over de (rechts)handelingen waarvoor de persoon bijstand of vertegenwoordiging moet krijgen. Voor de rechtshandelingen waar de vrederechter geen uitspraak heeft over gedaan blijft de persoon nog steeds bekwaam en die handelingen kan hij bijgevolg nog perfect alleen stellen. Men gaat uit van de bekwaamheid van de persoon.

De rechtshandelingen waar de vrederechter uitspraak over doet, kunnen zowel de persoon als diens goederen betreffen³⁰.

Uitgaand van de idee van subsidiariteit en proportionaliteit geeft de vrederechter de voorkeur aan bijstand boven vertegenwoordiging^{31 32} en zal de handelingsbekwaamheid van de persoon enkel beperkt worden wanneer dit niet anders kan.

²⁵ Art 488/1 en art 488/2 BW.

²⁶K. GIJBELS, “De nieuwe regeling inzake beschermde personen” in X., *Familierecht en familiaal vermogensrecht in beweging*. VLN- Congres 14 december 2013, 33- 34.

²⁷ M. MASSCHELEIN, “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, 4.

²⁸ F. SWENNEN, “Meerderjarigenbescherming: het beste mag niet ten koste gaan van het goede”, *TEP* 2014, 3.

²⁹ Zie onder rubriek 10. 2.

³⁰ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013, *T. Fam.* 2014, 60.

³¹ Zie onder rubriek 8. 3. 2

³² Art 492/2, 1^e lid BW.

Er is een centrale rol voor de vrederechter weggelegd in het bewind³³. Over die wenselijkheid van die centrale rol wordt verder ingegaan.

Zo stelt de vrederechter de bewindvoerder aan. De te beschermen persoon, evenals de familiale bewindvoerder, kunnen wel een verklaring van voorkeur afleggen over de keuze van de bewindvoerder³⁴. Normaal zal de vrederechter die geregistreerde keuze ook homologeren. Enkel wanneer hij vreest dat de keuze de belangen van de beschermde persoon zal schaden³⁵, zal hij, mits motivering, een andere bewindvoerder kunnen aanstellen. Hier zien we de beginselen van autonomie terugkomen.

Wanneer geen verklaring van voorkeur is afgelegd, zal de vrederechter bij voorkeur een familiale bewindvoerder aanstellen.³⁶

Er kan slechts één bewindvoerder over de persoon aangesteld worden, tenzij de vrederechter ervoor kiest de ouders aan te stellen als bewindvoerder. Er is een bijzonder regime voorzien als de ouders worden aangesteld als bewindvoerder³⁷. Zo kan de vrederechter hen vrijstellen van de verplichting om jaarlijks rekenschap af te leggen. Voor de goederen kunnen er wel meerdere bewindvoerders benoemd worden.

Naast de bewindvoerder kan er ook een vertrouwenspersoon aangesteld worden³⁸. Deze vertrouwenspersoon treedt op als bemiddelaar tussen de bewindvoerder en de beschermde persoon. Daarnaast houdt hij ook toezicht over de goede werking van het bewind. (cfr infra)

³³ M. MASSCHELEIN, "De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen", *NNK* 2013, 4.

³⁴ Art 496 BW j art 496/2 BW.

³⁵ Art. 496/2 BW.

³⁶ C. DE WULF, "De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen- de Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus", *T. Not.* 2013, 302-31.

³⁷ Art 500/4 BW.

³⁸ Art 501 BW.

6. De gevolgen op het vlak van familiale vermogensplanning sinds de inwerkingtreding van de wet van 17 maart 2013 inzake bewind

6.1. Inleiding

Het is logisch dat de inwerkingtreding van die ene wet niet zal volstaan om alle problemen inzake familiale vermogensplanning voor ouders met een mentaal gehandicapt kind op te lossen. Niet iedereen zal zijn toevlucht nemen tot de bewindvoering, sommige ouders zullen eerder de voorkeur geven aan een private structuur.

Ook vóór het ontstaan van de wet bewind moesten ouders vaak hun toevlucht nemen tot verschillende rechtsfiguren en deze op de juiste manier met elkaar combineren om alle problemen inzake vermogensplanning op te lossen.

Grofweg zijn er vier grote problemen waar ouders mee geconfronteerd worden, wanneer zij de toekomst van hun mentaal gehandicapte kind veilig willen stellen.

6.2. Problemen

Ten eerste is er het devolutieprobleem. Het gehandicapte kind zal in beginsel niet bij testament over zijn goederen kunnen beschikken en zijn nalatenschap zal in principe verdeeld worden volgens de regels van het wettelijk erfrecht. Hierdoor zullen vaak nodeloos veel erfbelastingen moeten betaald worden door de erfgenamen³⁹.

Het tweede grote probleem waar ouders mee te maken kunnen krijgen is de zelfbescherming van de ouders. Dit is een probleem dat specifiek kan rijzen wanneer de ouders nog in leven zijn en bestaat eigenlijk uit twee facetten.

Als eerste facet stelt zich de keuze tussen opname in een instelling of thuis wonen. De beslissing om het gehandicapte kind al dan niet thuis te laten wonen heeft een grote financiële impact. Wanneer het kind thuis blijft wonen, zal het in mindere mate aanspraak kunnen maken op sociale uitkeringen. Anderzijds hebben de ouders door de inwoning van het kind net wel recht op sociale en fiscale voordelen. Deze extra voorzieningen kunnen ingezet worden voor de verzorging van het gehandicapte kind. Wanneer de situatie toch niet langer houdbaar is, en het kind alsnog naar een voorziening zal moeten verhuizen, zullen die extra tegemoetkomingen wegvallen, terwijl de kosten die de ouders moeten dragen niet verminderen. De kosten voor het verblijf in zorgcentra kunnen al snel zeer hoog oplopen.

³⁹ F. SWENNEN , G. VELGHE , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 9.

Men vreest ervoor dat het verlies van die tegemoetkomingen een negatieve invloed kunnen uitoefenen op de beslissing om het kind al dan niet thuis te laten inwonen. Deze beslissing hoort enkel af te hangen van de toestand van het gehandicapte kind en niet van bepaalde financiële voordelen. Ouders die er financieel niet zo goed voorstaan worden in die gevallen gedwongen om te kiezen voor de extra voorzieningen en niet voor wat het beste is voor hun kind.⁴⁰

De ouders moeten er ook rekening mee houden dat de vergoedingen waarop het gehandicapte kind recht heeft, kunnen verminderen door het erven van de ouders. Personen met een beperking, vanaf de leeftijd van eenentwintig, hebben recht op inkomensvervangende tegemoetkomingen en of een integratietegemoetkoming als ze voldoen aan bepaalde voorwaarden.

Men gaat uit van het beginsel dat het bedrag van die tegemoetkomingen wordt beïnvloed door inkomsten die het gehandicapte kind heeft of de persoon met wie hij een huishouden vormt, bekomt.

Wanneer het gehandicapte kind zijn aandeel in de nalatenschap van zijn ouders erft, dan zal dit geërfde vermogen mee in rekening worden gebracht en zal het een vermindering opleveren van de tegemoetkomingen. Er zijn wel een aantal soorten inkomsten die niet mee in rekening worden genomen, maar gezien dit niet zo relevant is voor de verdere bespreking van deze masterproef, ga ik hier niet verder op in.⁴¹

Als tweede facet stelt zich de vraag naar de aansprakelijkheid van de ouders voor de schulden van het kind. Het is niet volledig duidelijk in welke mate de ouders moeten instaan voor de schulden van het kind en wanneer hun inboedel vatbaar is voor beslag⁴².

Aan de voorgenoemde problemen heeft de wet weinig kunnen veranderen. Ouders zullen voor de oplossing van deze problemen moeten terugvallen op de reeds bestaande opties, waar in het kader van deze masterproef niet verder wordt op ingegaan.

Waar de wet inzake bewind wel een grote verandering in teweeg brengt, is het zorgprobleem en het besturingsprobleem. Deze problemen zullen dan ook uitgebreid besproken worden en de nieuwe opties die de wet biedt, zullen behandeld worden in het volgende onderdeel.

⁴⁰ SWENNEN,F., VELGHE,G., *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 10.

⁴¹ J. BAEL, "De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 2004" in X. *Familiale vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 447-454.

⁴² R. MATTHEUS, *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 100.

7. Het zorgprobleem

7.1. Inleiding

De term 'zorgprobleem' behoeft in beginsel weinig bijkomende uitleg. Ouders willen er zeker van zijn dat wanneer zij niet langer in staat zijn de zorg voor hun kind op zich te nemen, iemand ertoe bereid is, dit over te nemen. Deze periode wordt in het vakjargon ook wel eens aangeduid met de term l' après-parents⁴³.

Bij het doornemen van de krantenartikelen uit bijlage 1 omtrent dit zorgprobleem vallen twee zaken op.

Eenzijds zijn er heel wat ouders die bij het plannen van de zorg voor hun kind te maken krijgen met problemen.

Anderzijds zijn de wachtlijsten voor de opvangcentra veel te lang. Als ouders willen voorzien in een oplossing voor het zorgprobleem, dan doen ze ofwel best beroep op private regelingen, die hieronder verder worden uiteengezet, of ze moeten tijdig hun kinderen op de wachtlijst plaatsen, zodat ze op die manier kunnen inspelen op de lange wachtlijsten.

Elke ouder heeft bepaalde waarden die voor hem essentieel zijn bij de opvoeding van zijn kind. Het spreekt voor zich dat ouders willen dat hun opvolgers zo veel mogelijk ook achter die waarden staan en deze proberen door te geven aan het kind.

De zorg van het kind wordt dan ook niet aan om het even wie toevertrouwd. Het is van belang dat de ouders die persoon kunnen vertrouwen. Meer nog, ze moeten die personen blind kunnen vertrouwen, want ze zullen niet in staat zijn in te grijpen en een andere persoon aan te stellen als de eerst aangeduide persoon zijn taak niet uitvoert zoals dat voorzien was.

Vaak zullen de ouders de aangeduide persoon testamentair bevoordelen.

In theorie is het antwoord op het zorgprobleem vrij eenvoudig. Broers of zussen van het gehandicapte kind kunnen de zorg voor het kind op zich nemen en als deze daartoe niet in de mogelijkheid zijn, of bij gebreke van broers of zussen kan de instelling waar het kind verblijft, de zorg op zich nemen.

Toch kan het risicovol zijn zich te beperken tot dergelijke oplossingen. Wat als broers of zussen voortijdig overlijden of niet bekwaam zijn de zorg voor het kind op zich te nemen? Ook een instelling aanduiden om de latere zorg voor het kind op zich te nemen, verloopt niet altijd zonder risico.

⁴³ SWENNEN, F., VELGHE, G., *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 45.

Een deel van het probleem kan al verholpen worden als de ouders een draaiboek opstellen over hoe diegene die de zorg op zich zal nemen, zal moeten handelen in verschillende situaties. Natuurlijk is het onmogelijk om als ouder alle mogelijke situaties te voorzien en voor elk mogelijk scenario een perfect gedetailleerd verloop uit te schrijven.

Het draaiboek geeft ook inzicht in de opvoedings- en begeleidingsideeën van de ouders. Latere begeleiders kunnen dit draaiboek gebruiken om indien nodig naar alternatieven te zoeken die het dichtst aanleunen bij deze visie van de ouders.

Anderzijds moet men oog hebben voor gewijzigde omstandigheden die de uitvoering van het draaiboek niet mogelijk of wenselijk maken.

Hierna wordt ingegaan op de deelaspecten van het zorgprobleem die zich stellen bij het plannen van de verzorging voor het gehandicapte kind als de ouders hier niet langer toe in staat zijn of voor wanneer zij overleden zijn.

Na de concrete problematiek geschetst te hebben, worden mogelijke oplossingen voor deze deelproblemen aangereikt.

Anders dan bij de andere problemen waar men als ouder van een gehandicapt kind mee kan geconfronteerd worden, kunnen familiale vermogensplanners of notarissen niet echt helpen bij de aanpak van het zorgprobleem. Ze kunnen wel helpen bij het bepalen van de financiële verloop, maar het zijn de ouders zelf die een netwerk moeten bouwen rond hun kind en mensen bereid moeten vinden die de zorg op zich willen nemen.⁴⁴

Uit veldonderzoek blijkt dat voor het opzetten van een zorgplanning volgende elementen van belang zijn⁴⁵:

- Het creëren van een netwerk rond het gehandicapte kind. Het is van belang dat dit netwerk niet alleen bestaat uit mensen uit zijn of haar directe omgeving maar ook gespecialiseerde instellingen, die vertrouwd zijn met het opzetten van dergelijke netwerken.
- De mening van het kind bij het opzetten van een zorgplanning is belangrijk. Wanneer men wil vermijden dat het kind onder bewind wordt geplaatst, zal de medewerking van het gehandicapte kind vereist zijn. Opdat het kind zou meewerken aan een oplossing, is het belangrijk dat het kind gehoord wordt.
- Laat het gehandicapte kind een vertrouwenspersoon aanduiden⁴⁶. Over de andere mogelijkheden die de vertrouwenspersoon nog kan bieden, wordt later in deze masterproef nog ingegaan⁴⁷.

⁴⁴ SWENNEN, F., VELGHE, G., *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 50-52.

⁴⁵ MATTHEUS, R., *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 118.

⁴⁶ Art 501 BW.

⁴⁷ Zie onder rubriek 7.2.4.

Bij het opstellen van de zorgplanning wordt best zoveel als mogelijk gebruik gemaakt van de financiële tegemoetkomingen die worden voorzien voor de verzorging.

Vertrekkende vanuit de idee dat handelingsbekwaamheid de regel is en deze bekwaamheid slechts beperkt mag worden overeenkomstig de principes van subsidiariteit en proportionaliteit is het niet noodzakelijk dat het gehandicapte kind onder een bijstands- of vertegenwoordigingsregime wordt geplaatst⁴⁸.

De ouders van een gehandicapt kind kunnen in bepaalde gevallen al tegemoet komen aan de zorgproblematiek door beroep te doen op enkele contractuele regelingen.

Wanneer dit echter niet (langer) werkbaar is, kan elke belanghebbende een vordering instellen bij de vrederechter om te kijken of het kind niet beter toch wordt bijgestaan of vertegenwoordigd⁴⁹.

Hieronder wordt ingegaan op de verschillende facetten waaruit het zorgprobleem bestaat.

Vervolgens worden de mogelijkheden op contractueel vlak besproken.

Ten slotte wordt dieper ingegaan op de nieuwe mogelijkheden die de wet inzake bewind biedt op vlak van zorgplanning.

⁴⁸ F. SWENNEN, " De meerderjarige beschermde personen (deel I), *RW* 2013-14, 564-565.

⁴⁹ Art. 1238,§1 Ger. W.

7.2. Problematiek

Wanneer ouders het zorgprobleem willen aanpakken, moeten ze steeds een antwoord vinden op de volgende drie vragen:

- Continuïteit
- Financiële, sociale en fiscale aspect van de zorgverlening
- Medewerking van het kind.

Na het in kaart brengen van de problemen waar men mee te maken krijgt bij het zorgprobleem, worden de concrete oplossingen behandeld.

7.2.1. Continuïteit

Wanneer de ouders beslissen dat ze zich willen beperken tot een zuivere private verzorging, moeten ze er rekening mee houden dat die persoon ook kan wegvallen.

Men zal moeten voorzien in een opvolging.

7.2.2. Financiële, sociale en fiscale bekommernissen

Wanneer men er voor opteert om de zorg toe te vertrouwen aan een naaste, kan men er voor kiezen om te voorzien in een vergoeding voor die naaste.

Indien geopteerd wordt voor een vergoeding, moet men er voor zorgen dat deze vergoeding niet geherkwalificeerd wordt in;

- Een schenking die een voorschot op het erfdeel vormt, voor zover die persoon tot de nalatenschap komt. Indien dit niet het geval is, zal die schenking niet gezien kunnen worden als voorschot op erfdeel, maar loopt deze wel nog het risico dat ze onderworpen wordt aan inkorting. Anderzijds zal bij herkwalificatie in een schenking mogelijks het schenkingsrecht verschuldigd zijn⁵⁰.
- Een inkomen dat een belastbaar beroepsinkomen vormt.

A. Systemen van vergoeding

Er zijn verschillende manieren waarop kan voorzien worden in een vergoeding voor de verzorger van het gehandicapte kind.

Ten eerste kan men er voor kiezen om geen rechtstreekse vergoeding toe te kennen, maar de verzorger te bevoordelen bij testament, waarbij (een deel van) het beschikbaar deel

⁵⁰ Art 2.7.1.0.5, §1 Decreet van 19 december 2014 tot wijziging van de Vlaamse codex van Fiscaliteit van 13 december 2013, BS 29 januari 2015. (hierna decreet houdende de Vlaamse Codex Fiscaliteit).

wordt toegekend aan de verzorger. Een voorbeeld hiervan is het legaat met last, dat later grondiger wordt behandeld⁵¹.

Het grote voordeel van deze rechtsfiguur is dat er nog geen definitieve vermogensoverdracht is en men dus nog verder vrij over zijn goederen en gelden kan blijven beschikken. Er zijn ook nadelen aan verbonden, maar die worden verder behandeld in de concrete bespreking van het legaat onder last.

Als men aan de derde bij leven bepaalde goederen of sommen toekent, zal deze overdracht niet beschouwd worden als een schenking in het voordeel van de derde, indien deze vergoeding beschouwd kan worden als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis, op voorwaarde dat de schenking in verhouding staat tot de last die de derde op zich moet nemen om de goederen of sommen te bekomen.

Men kan er ook voor opteren om alles nauwkeurig op te nemen in overeenkomsten, wat natuurlijk tal van misverstanden uitsluit⁵². Het nadeel van dergelijke overeenkomsten is dat die niet noodzakelijk alle mogelijke scenario's omvatten.

Een andere oplossing, die misschien wel wat extreem is, is helemaal geen beroep doen op naasten om in te staan voor de verzorging van het gehandicapte kind⁵³,

Men zou dit eventueel kunnen doen via een private stichting, al is dit enkel mogelijk voor meer kapitaalkrachtige ouders. Voor minder kapitaalkrachtige ouders zijn er ook stichtingen van openbaar nut. De ouders kunnen in een dergelijke stichting een fonds op naam oprichten. Dit fonds op naam bevat dan de nodige financiële middelen om te voorzien in de verdere verzorging van het gehandicapte kind⁵⁴. Over de werking van zowel de private stichting⁵⁵ als de stichting van openbaar nut⁵⁶ wordt later ingegaan.

De vrees voor de herkwalificatie van de financiële bevoordeling is niet het enige dat men voor ogen moet houden bij het aanpakken van het verzorgingsprobleem. De vergoedingen die men aan een bewindvoerder kan toekennen kunnen an sich ook problematisch zijn.

Bij het doornemen van de wet van 17 maart 2013 kan vastgesteld worden dat ook voor de bewindvoerder voorzien is in een mogelijke vergoeding⁵⁷. Bij de rechterlijke bescherming is

⁵¹ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 50.

⁵² SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 50.

⁵³ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 50.

⁵⁴ MATTHEUS, R., *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 127.

⁵⁵ Zie rubriek 10.3.1

⁵⁶ Zie rubriek 10.3.2

⁵⁷ M. MASSCHELEIN, "De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen", *NNK* 2013, afl.4, 8.

dit uitdrukkelijk voorzien⁵⁸, bij de buitengerechtelijke bescherming kan het enkel als het contractueel bedongen is in de lastgevingsovereenkomst.

Er zijn wettelijke garanties voorzien om te vermijden dat die vergoedingen voor de bewindvoerder buitensporig zouden worden, deze mag maximaal drie procent bedragen van de inkomsten van het gehandicapte kind en ze wordt door de vrederechter vastgesteld, rekening houdend met de omstandigheden waarin het gehandicapte kind zich bevindt. Voor buitengewone ambtsverrichtingen kan een bijkomende bezoldiging toegekend worden.

Toch is de wetgever er zich van bewust dat er mogelijks problemen kunnen opduiken bij dergelijke vergoedingssystemen en vreest men dat dit systeem de evaluatie van de wet, die over enkele jaren plaats zal vinden, niet zal doorstaan.

Zoals het systeem nu is, kunnen minder goede praktijken gestimuleerd worden. Het zou kunnen dat de bewindvoerder niet handelt in het belang van het kind, maar eerder vanuit eigen financiële overwegingen. Het zou al te gemakkelijk zijn de gelden van het gehandicapte kind gewoon op een rekening te plaatsen en er verder niet naar om te kijken, maar toch de financiële bevoordelingen in ontvangst te nemen. Er zijn ook bepaalde rechtsfiguren voorzien, waarbij de bezoldiging voor de verzorger er in bestaat dat hij het overschot krijgt van het budget dat voorzien was voor de verzorging. Dergelijke systemen kunnen een verzorger of bewindvoerder ertoe aanzetten minimaal financieel te investeren in de situatie van het kind.

Misschien zou men beter een systeem invoeren, waarbij iedereen die betrokken wordt bij de verzorging van het gehandicapte kind een gelijke bijdrage betaalt, die in een centrale portefeuille komt. Alle uitgaven in verband met de verzorging van het kind met een beperking, waaronder ook de vergoeding van de bewindvoerder, dan vanuit deze portefeuille worden betaald.

B. Schenking versus uitvoering van een natuurlijke verbintenis

Zoals hierboven reeds aangehaald, stelt zich de vraag of de vergoeding moet beschouwd worden als een schenking dan wel als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis.

Het grote voordeel dat het geen schenking maar een natuurlijke verbintenis zou zijn, is dat er geen herkwalficatie kan gebeuren op grond van art 2.7.1.0.5⁵⁹ en dat er derhalve bij overlijden binnen de drie jaar geen erfbelastingen op verschuldigd zijn. Voorgenoemd artikel stelt immers dat: *“De goederen waarvan de bevoegde entiteit van de Vlaamse administratie het bewijs levert dat de erflater er kosteloos over beschikte gedurende de drie jaar vóór zijn overlijden, worden geacht deel uit te maken van zijn nalatenschap, tenzij de bevoordeling onderworpen is aan de schenkbelasting of het registratie op de schenkingen onder de levenden. De erfgenamen of legatarissen hebben een verhaalsrecht ten aanzien van*

⁵⁸ Art. 497/5 BW.

⁵⁹ Art 2.7.1.0.5 Decreet houdende de Vlaamse Codex Fiscaliteit.

de begiftigde voor de successierechten die op die goederen voldaan zijn.

Als door de bevoegde entiteit van de Vlaamse administratie of door de erfgenamen en legatarissen bewezen wordt dat de bevoordeling toekwam aan een bepaalde persoon, wordt die als legataris van de geschonken zaak beschouwd.

Voor de toepassing van deze paragraaf wordt een bevoordeling waarvoor een vrijstelling van de schenkbelasting is toegepast, gelijkgesteld met een bevoordeling die aan de schenkbelasting of aan het registratierecht op de schenkingen onder de levenden is onderworpen.”.

Wanneer er naar burgerlijk recht sprake is van een natuurlijke verbintenis en niet van een schenking, zijn er uiteraard geen schenkingsrechten verschuldigd.

Vandaar het belang van een goede afbakening van het begrip “natuurlijke verbintenis”. Helaas is dit niet het geval in de wetgeving. Een natuurlijke verbintenis is eigenlijk een vrij vaag begrip, dat niet gedefinieerd is in de wet en moet in concreto beoordeeld worden door een rechter.

Men kan een natuurlijke verbintenis omschrijven als een gewetensplicht, die niet afdwingbaar is in rechte, maar een juridische verplichting wordt, doordat de schuldenaar belooft de verplichting na te komen⁶⁰. Er moet evenwel op toegezien worden dat niet elk subjectief gevoel van een morele verplichting een natuurlijke verbintenis uitmaakt.

Waar dan de precieze grens ligt tussen de morele verplichting en een natuurlijke verbintenis is niet zo duidelijk.

Over het algemeen neemt men aan dat er sprake is van een natuurlijke verbintenis als men volgens algemene maatstaven verplicht is.

De juridische verplichting vindt haar grondslag in art 1235, 2^e lid BW dat stelt dat er geen terugvordering mogelijk is, wanneer de natuurlijke verbintenis vrijwillig is uitgevoerd.

Deze algemene maatstaven houden in dat de verzorgingsmaatregelen levensnoodzakelijk moeten zijn.

Men gaat die levensnoodzakelijke maatregelen in de rechtsleer vrij strikt gaan interpreteren en maatregelen die het leven comfortabeler maken, vallen er bijvoorbeeld niet onder. In de praktijk wordt dit begrip echter iets ruimer geïnterpreteerd⁶¹.

Opdat een natuurlijke verbintenis afdwingbaar is, hangt in grote mate af van de beoordeling van de schuldenaar, dit is vrij gelijkaardig met de schenking. Maar er zijn grote verschillen met de schenking.

⁶⁰ C. CAUFFMAN, “De natuurlijke verbintenis” in L. DE KEYSER, E. DIRIX, C. SLUYTS en A. VAN GELDER (eds), *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 2005, 4.

⁶¹ BAEL, J., “De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 2004” in X. *Familiale vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 518-519.

Eenzijds is er bij een schenking de vereiste van “animus donandi”. Bij een natuurlijke verbintenis handelt men doordat men zich moreel verplicht voelt, maar niet met de bedoeling te willen begiftigen.

Anderzijds is er bij schenking vereist dat de schenker zich verarmt. Bij een natuurlijke verbintenis betaalt men een schuld af, die reeds bestond.⁶²

Een schenking kan nooit bestaan in het presteren van diensten, want dan is er niet voldaan aan de voorwaarde dat een deel van het patrimonium vervreemd moet worden⁶³.

Blijkens de rechtspraak⁶⁴ zijn volgende criteria doorslaggevend om te oordelen of er sprake is van een schenking dan wel van de uitvoering van een natuurlijke verbintenis:

- Het “levensbelangrijke” karakter van de toegediende zorgen
- De vergoeding is evenredig aan de geleverde prestaties
- De verhouding van de vergoeding ten opzichte van het totale vermogen

Indien er op basis van de bovengenoemde criteria geoordeeld wordt dat er sprake is van een natuurlijke verbintenis, zijn er geen schenkingsrechten verschuldigd. Indien er daarentegen sprake is van een schenking zijn er wel schenkingsrechten verschuldigd, behoudens indien er sprake zou zijn van een bankgift ten gevolge van waarvan art 2.7.1.0.5 VCF van toepassing zal zijn.

Als de toegekende vergoeding gekwalificeerd zou worden als een belastbaar inkomen stelt zich de vraag hoe dit inkomen belast zal worden.

C. Belastbaar beroepsinkomen versus de uitvoering van een natuurlijke verbintenis

Indien de vergoeding niet kan beschouwd worden als een schenking kan men zich de vraag stellen of die vergoeding dan belast zal worden.

Gelet op het feit dat er aan de grondslag voor de vergoeding niets gewijzigd is sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet inzake bewind, kan er teruggevallen worden op de visie uit het voorlopig bewind.

De toegekende vergoeding kan worden gezien als⁶⁵:

- Baten⁶⁶ : Wanneer het bewind wordt uitgevoerd in het kader van beroepswerkzaamheid. Dit zal meestal het geval zijn wanneer er beroep gedaan wordt op een professionele bewindvoerder. De inkomsten zullen ook als een baat gekwalificeerd worden als het gaat over verrichtingen die men met zo een regelmaat

⁶² VOET, L., *Artikel 7 W. Succ.: schenking of natuurlijke verbintenis? Een analyse van de rechtspraak en proeve van synthese*, onuitg., Masterproef Notariaat Ugent, 2009, 14.

⁶³ BAEL, J., “De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 2004” in X. *Familiale vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 520.

⁶⁴ Gent 10 maart 1997, *AFT* 1997, 402., Rb. Doornik 30 mei 2001, *FJF* 2002, 794.

⁶⁵ *Vr. En Antw.* Kamer 1999- 2000, 11 februari 2000 (Vr. nr 447 LALOY)

⁶⁶ Art 23, §1, 2° en 27° WIB 1992.

stelt, dat het voldoende is om de handelingen als een voortgezette activiteit te kunnen beschouwen.

- Divers inkomen, zoals bedoeld in art 90, 1° WIB⁶⁷: Wanneer het occasionele of toevallige prestaties betreft, die zich buiten het kader van de beroepswerkzaamheid afspelen.

Het komt echter niet vaak voor dat men in het kader van een familiale bewindvoering toch een vergoeding zal krijgen. In de meeste gevallen zal de bewindvoerder genoeg nemen met een vergoeding voor de gemaakte kosten, die uiteraard niet belastbaar zijn.

7.2.3. De medewerking van het gehandicapte kind is vereist

Voor alle mogelijke oplossingen voor het verzorgingsprobleem is de medewerking van het gehandicapte kind nodig. Het kind is immers in beginsel handelingsbekwaam van zodra het meerderjarig wordt.

Als die medewerking niet spontaan gebeurt, kan je als ouders voorzien in bepaalde financiële prikkels die eventueel kunnen stimuleren om toch mee te werken aan de oplossing voor het verzorgingsprobleem.

Als ook dit geen oplossing biedt, kan men de juridische onbekwaamheid van het kind gaan uitlokken. Elke belanghebbende kan immers naar de vrederechter stappen om de procedure op te starten⁶⁸. Op die manier wordt het gehandicapte kind juridisch verplicht om mee te werken aan de oplossingen voor het zorgprobleem.

Na deze uiteenzetting van de algemene problemen waarmee men te maken kan krijgen tijdens het plannen van de verzorging van het gehandicapte kinderen, volgt verder een opsomming van mogelijke alternatieve rechtsfiguren die men kan hanteren om deze problemen aan te pakken.

⁶⁷ Art 90, 1° WIB 1992

⁶⁸ Art 1238, §1 Ger. W.

7.3. Contractuele mogelijkheden

7.3.1. Verzorgingscontract

Teneinde een oplossing te bieden aan het zorgprobleem kan geopteerd worden om een verzorgingscontract af te sluiten

Bij een verzorgingscontract wordt een overeenkomst gesloten met een derde, die belooft de verzorging op zich te nemen, in ruil voor een vergoeding.

De ouders kunnen dit contract zowel met een natuurlijke persoon als met een instelling afsluiten. Als gekozen wordt voor een natuurlijke persoon, voorziet men best ook in een opvolging, om het probleem van de continuïteit te vermijden.

Het voordeel van zo een verzorgingscontract is dat samen met alle partijen de overeenkomst wordt overlopen. Er kan een inventaris opgemaakt van de te verrichten prestaties. Het is ook sterk aan te raden om zoveel als mogelijk rekening te houden met mogelijke wijzigingen die zich kunnen voordoen⁶⁹.

Het is als ouder onmogelijk om voor de periode van “l’après- parents” volledig sluitende controlemechanismen in te bouwen inzake de naleving van het verzorgingscontract.

Als men voor de verzorging een natuurlijke persoon aanspreekt, is het met het oog op de naleving van de overeenkomst aangewezen dat bijvoorbeeld niet alle kinderen als verzorger worden aangeduid, maar dat bijvoorbeeld de ene broer de verzorging voor het gehandicapte kind op zich neemt en het andere kind instaat voor de controle op dit verzorgingscontract.

Om een degelijk verzorgingscontract te kunnen opstellen, is wel vereist dat iedereen open kan communiceren ten tijde van het opstellen van de overeenkomst. Dit is meteen ook de reden waarom dergelijke overeenkomsten lang niet in alle families opgesteld kunnen worden⁷⁰.

Voor de vergoeding en de mogelijke problemen die kunnen ontstaan hierbij voor de verzorger kan worden terugverwezen naar de schetsing van de problematiek in verband met de verzorgingsplanning.

Hierna zal verder in gegaan worden op alternatieve vergoedingsmogelijkheden.

⁶⁹ N. TORFS, “Over schuldbekentenissen, vergeldende schenkingen en verzorgingscontracten in W. PINTENS (ed), *Liber Amicorum Roger Dillemans. Deel I Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Story Scientia, 1997, 353.

⁷⁰ N. TORFS, “Over schuldbekentenissen, vergeldende schenkingen en verzorgingscontracten in W. PINTENS (ed), *Liber Amicorum Roger Dillemans. Deel I Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Story Scientia, 1997, 353.

7.3.2. Schenking of legaat onder last

A. Inleiding

Bij een schenking of legaat onder last wordt een som geld toegekend aan een derde. Aan die som geld wordt de last gehangen om voor het gehandicapte kind te zorgen⁷¹.

Het bedrag dat ouders onder last kunnen schenken of legateren aan een derde is beperkt tot het beschikbaar deel. Zoals reeds eerder aangehaald heeft elk kind recht op zijn aandeel in de wettelijke reserve, zo ook het gehandicapte kind.

De schenking of het legaat onder last biedt niet alleen een oplossing voor het verzorgingsprobleem, maar kan ook de problemen die kunnen rijzen met betrekking tot het bestuur van het vermogen aanpakken.

B. Overschrijding van het beschikbaar deel en de alternatieve beschikking

Wanneer de ouders meer gaan legateren of schenken dan het beschikbaar deel, zal het gehandicapte kind, zelf, of via zijn vertegenwoordiger (afhankelijk of hij hiertoe bekwaam werd geacht door de vrederechter) zijn deel van de wettelijke reserve kunnen opeisen. Deze vordering verjaart bovendien slechts na dertig jaar en kan ook door de erfgenamen van het gehandicapte kind ingesteld worden.

Om deze vordering te vermijden, kan men een alternatieve beschikking voorstellen. Het kind moet dan kiezen of hij de last, die in zijn voordeel bedongen is, wil of toch zijn wettelijke reserve gaat opeisen. Hierbij moet opgemerkt worden dat die wettelijke reserve vaak minder groot zal zijn dan een aandeel in de nalatenschap, gelet op de in zijn voordeel bedongen last.

Het kind, of zijn vertegenwoordiger, zal pas kiezen voor de last in zijn voordeel wanneer deze kennelijk de wettelijke reserve overtreft.

De vraag die dan kan gesteld worden, is hoe groot die last dan eigenlijk mag zijn.

Veel zal natuurlijk afhangen van persoonlijke opvattingen. Iedereen ervaart een bepaalde last immers anders.⁷²

Men moet goed voor ogen houden dat de bewindvoerder in het kader van de gerechtelijke beschermingen enkel handelingen mag stellen in het belang van het gehandicapte kind⁷³. Met andere woorden een handeling die hem of haar een bepaald voordeel oplevert.

⁷¹ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, en K. VANWINCKELEN, *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 617- 619.

⁷² SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 50-52.

⁷³ Art. 497, 2^e lid BW.

Opdat de rechtshandeling in het voordeel van het gehandicapte kind zou zijn, is vereist dat de last in het voordeel van het gehandicapte kind groter is dan de wettelijke reserve waarop hij normaal recht zou hebben.

Als de vrederechter het gehandicapte kind voldoende bekwaam acht om hier zelf in te beslissen, is niet noodzakelijk vereist dat die last in zijn voordeel groter is dan zijn aandeel in de wettelijke reserve.

C. Voldoende bevoordeling voorzien in de schenking of in het legaat

Opdat de derde de schenking of het legaat, dat gekoppeld wordt aan de last, niet zou verwerpen, moeten er toch ook bepaalde voordelen toegekend worden aan die derde. Deze voordelen kunnen er ook in bestaan dat men vermijdt dat de verzorger verlies lijdt door het op zich nemen van de verzorging.

Hierbij kan worden gedacht aan een begrenzing van de financiële uitgaven die de derde moet doen. Bij de verzorging van het gehandicapt kind kan men plots worden geconfronteerd met onvoorziene kosten, bijvoorbeeld wanneer de gezondheidstoestand van het kind achteruit gaat. Wanneer de kosten voor die verzorging niet begrensd worden, kan de last onevenredig zijn aan het bedrag van de schenking of het legaat.

Natuurlijk willen ouders wel de zekerheid dat de derde de verzorging van het kind voldoende serieus neemt en niet in gebreke blijft omdat de verzorging het voorziene bedrag overtreft. Om die reden is het aan te raden de grens voor de maximale financiële inspanningen voldoende hoog te leggen, zodat enkel in heel uitzonderlijke gevallen het in gebreke blijven van de derde redelijk verantwoord kan worden.

D. Bijkomende financiële bevoordeling

Naast bovengenoemde begrenzing van de kosten voor de verzorging kunnen de ouders nog een bijkomende financiële bevoordeling voorzien in hun testament.⁷⁴ Hier is wel enige voorzichtigheid geboden, zeker wanneer het kind in een instelling verblijft en men dus een legaat aan de instelling wil doen. Het kan perfect zijn dat het kind omwille van zijn gezondheidstoestand moet overgeplaatst worden naar een andere instelling. Het legaat zal het gehandicapte kind echter niet volgen naar de andere instelling.

Om deze zeer pijnlijke situaties te vermijden, kan men bepaalde voorwaarden inlassen in het legaat. Zo zou bepaald kunnen worden dat het legaat enkel toekomt aan de instelling indien het gehandicapte kind er tot zijn dood heeft verbleven. Dergelijke clausules zijn echter niet volledig ongevaarlijk.

⁷⁴ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 50-52.

Ten eerste verwerft de instelling het legaat pas definitief op het moment dat het kind komt te overlijden. Tot voor dit moment kan de instelling nog geen enkel recht laten gelden op dit legaat.

Ten tweede heeft de instelling er alle belang bij dat het kind tot aan zijn overlijden in die instelling verblijft, dit kan zelfs ten koste gaan van de gezondheid van het kind zelf. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waar het kind bijkomende zorgen nodig heeft, maar de instelling deze niet kan bieden, maar gaat weigeren het kind over te plaatsen naar een andere instelling, omdat ze anders het legaat zullen verliezen. Natuurlijk moet het legaat dan wel van een dergelijke omvang zijn dat instellingen bereid zijn hier risico's in te nemen, wat zeer twijfelachtig is. Als dergelijke gevallen uitlekken, zal de instelling kunnen rekenen op heel wat negatieve publiciteit.

Om dit alles te vermijden, kunnen de ouders er wel voor kiezen om de instelling indirect te bevoordelen, door goederen te legateren aan een derde of aan een stichting om periodiek bepaalde vergoedingen toe te kennen aan de instelling waar het kind op dat moment verblijft.

E. Voordelen van de schenking onder last ten opzichte van het legaat onder last

Het grote voordeel van een schenking onder last ten opzichte van een legaat met last⁷⁵ is dat men bij de schenking tijdens het leven al een regeling kan treffen.

De schenking onder last kan juridisch gekwalificeerd worden als een beding ten behoeve van een derde, waarbij het gehandicapte kind logischerwijze de derde is.

In extreme gevallen kunnen de ouders de schenking zelfs herroepen in het geval de begunstigde van de schenking de last niet vervult.

De schenking onder de last is een afdwingbare overeenkomst. Ouders kunnen tijdens hun leven geen afspraken maken over het al dan niet aanvaarden van het legaat onder last, zonder dat het een verboden erfovereenkomst uitmaakt⁷⁶.

Bovendien mag de last afgetrokken worden van de waarde van de schenking, wanneer zij bestaat in de betaling van een geldsom. Dit zal een invloed uitoefenen op de latere samenstelling van de fictieve massa en het beschikbaar deel zal op die manier minder snel overschreden worden. Wanneer de opgelegde last evenwaardig is aan de schenking, zou men zelfs kunnen stellen dat er sprake is van een zorgcontract tegen vergoeding in plaats van een schenking onder last. Het grote voordeel van deze denkpiste is dat inkorting wegens overschrijding van het beschikbaar deel niet mogelijk is.

De vraag stelt zich dan of de af te trekken last dan niet te beschouwen als een indirecte schenking aan het gehandicapte kind?

⁷⁵ SWENNEN F., VELGHE G., *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 71.

⁷⁶ Art 1130, 2^e lid BW.

Sommige auteurs menen van niet en stellen dat er geen sprake kan zijn van een schenking in het voordeel van het kind met een beperking, omdat de last niet bestaat uit het verschuiven van vermogen naar het gehandicapte kind maar uit het presteren van diensten, en zoals eerder vermeld kan een schenking niet bestaan uit het presteren van diensten. Op die manier kan er een voordeel ontstaan voor het gehandicapte kind, zonder dat dit op het beschikbaar deel moet aangerekend worden. Zowel de last als het verzorgingscontract zijn geen schenking en kunnen bijgevolg niet aangerekend worden op het beschikbaar deel.⁷⁷

Volledigheidshalve moet er ook op gewezen worden dat de tarieven van de schenkingsrechten lager liggen dan de erfbelastingen.

F. Nadelen van een schenking onder last⁷⁸

Bij het bespreken van de nadelen kan onmiddellijk gedacht worden aan de onmiddellijke eigendomsoverdracht die een schenking met zich mee brengt. De ouders kunnen niet langer over het goed beschikken⁷⁹.

Men zou dit wel nog kunnen opvangen door te voorzien dat de schenking met voorbehoud van vruchtgebruik voor de ouder(s) gebeurt.

Hierbij is wel enige voorzichtigheid geboden.

Wanneer de schenking gedaan wordt onder voorbehoud van vruchtgebruik, mogen de ouders de schenking niet doen aan de broers of zussen van het gehandicapte kind. In die gevallen mag de last niet afgetrokken worden van de schenking ingevolge de toepassing van art 918 BW voor de berekening van het beschikbaar deel. Wanneer in dit geval de schenking het beschikbaar deel overtreft, zal de schenking moeten ingekort worden. De begiftigde zal echter de volledige last moeten uitvoeren⁸⁰.

Om dit te vermijden is het uiterst aangewezen om alle andere kinderen te betrekken bij deze schenking. Wanneer alle kinderen akkoord gaan met de schenking, kunnen ze later geen vordering tot inkorting meer instellen.

Het gehandicapte kind zelf (of zijn bewindvoerder) zal echter ook moeten toestemmen met die schenking. Of de zorgplanning overeind kan blijven hangt af van de visie van de vrederechter. Wanneer hij meent dat de ouders als bewindvoerders die toestemming kunnen geven is er geen probleem. Wanneer de vrederechter echter de mening is toegedaan dat in die gevallen een bewindvoerder ad hoc zal moeten aangesteld worden, dreigt de zorgplanning in het gevaar te komen.

⁷⁷ MATTHEUS, R., *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 133.

⁷⁸ SWENNEN F., VELGHE G., *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, PAGINANUMMERING CHECKEN

⁷⁹ "Donner et retenir ne vaut"

⁸⁰ MATTHEUS, R., *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 133.

Anderzijds zou gewerkt kunnen worden met een clause van conventionele terugkeer waarbij in geval van vooroverlijden van de begiftigden de geschonken goederen terugkeren naar de schenker.

Een ander nadeel zijn de hoge schenkingsrechten die verschuldigd zijn.

Bij een schenking onder last worden de schenkingsrechten namelijk berekend op de waarde van de schenking, zonder aftrek van de last⁸¹. Behoudens indien de last bestaat in de betaling van een geldsom aan een derde, die deze geldsom aanvaardt⁸². In het kader van de zorgplanning zullen de ouders echter eerder de concrete verzorginguitoefening verkiezen boven het beschikbaar stellen van de middelen voor die verzorging.

G. Voordeel van het legaat onder last ten opzichte van schenking met last

Het legaat met last biedt ook een aantal voordelen ten opzichte van een schenking onder last⁸³.

Een testament kan immers op elk moment en zonder enige reden herroepen worden. Bij een schenking zijn er strenge voorwaarden opdat een schenking herroepen kan worden.

Daarnaast kan vlotter bepaald worden aan wie het legaat zal toekomen. Het volstaat dat de derde voldoende bepaalbaar is op het moment van het overlijden van de testator.

Het belangrijkste voordeel van het legaat met last is natuurlijk dat de eigendomsoverdracht wordt uitgesteld tot aan het overlijden. Bij een schenking zal de eigendomsoverdracht in beginsel onmiddellijk gebeuren en zullen de ouders niet meer over de gelden of goederen kunnen beschikken om bijvoorbeeld zelf nog te voorzien in de verzorging van het gehandicapte kind.

Een schenking moet altijd gebeuren met betrekking tot een bepaalde som geld of een bepaald goed. Bij een legaat onder last kan men bepalen dat het gehele resterende beschikbaar deel toekomt aan een derde.

De berekening van de erfbelastingen gebeurt op de waarde van de gelegateerde goederen na aftrek van de waarde van de last.

H. Nadelen van het legaat onder last

Helaas heeft het legaat onder last ook enkele niet te onderschatten nadelen die men best in aanmerking neemt om te komen tot een geïnformeerde beslissing.

⁸¹ Art. 2.8.3.0.1, §1-§2 Decreet houdende de Vlaamse Codex Fiscaliteit.

⁸² Art. 2.8.3.0.1, §3 Decreet houdende de Vlaamse Codex Fiscaliteit.

⁸³ SWENNEN F., VELGHE G., *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 128- 132.

Vooreerst moet men voor ogen houden dat de goederen tot het vermogen zullen behoren van de persoon aan wie het legaat wordt toegekend. Ze dienen dus mee als onderpand voor schuldeisers. Zeker wanneer blijkt dat de begunstigde zijn financiële situatie er niet zo rooskleurig uitziet, dient hieraan de nodige aandacht gegeven te worden.

Wanneer iemand het legaat met last aanvaardt, moet die persoon verplicht de last uitvoeren, ook wanneer die last kennelijk de waarde van het legaat overschrijdt⁸⁴. De ouders moeten hier mee rekening houden bij het bepalen van de last. Wanneer die te hoog is, zal de begunstigde het legaat verwerpen waardoor de zorgplanning in het gedrang kan komen.

Daarnaast kunnen de ouders niet controleren of de last wordt uitgevoerd. Om dit enigszins tegen te gaan kunnen de ouders ervoor opteren om een testamentuitvoerder aan te stellen.

Ouders kunnen enkel ten belope van het beschikbaar deel goederen of sommen geld legateren, zonder dat ze het risico lopen dat hun planning wordt aangevochten.

Ten slotte moet men er rekening mee houden dat wanneer men ervoor opteert een derde te begunstigen met een legaat, deze laatste hierop de erfbelastingen zal moeten betalen. Zeker wanneer de ouders anderen dan broers of zussen van het gehandicapte kind willen legateren, zullen deze tarieven al snel hoog oplopen.

I. Het duolegaat

Er zou ook kunnen gedacht worden aan de figuur van het duolegaat⁸⁵ waarbij de ouders een algemeen legaat aan een instelling (gedacht kan worden aan de instelling waar het gehandicapte kind verblijft) legateren onder last om de erfbelastingen van de bijzondere legatarissen (zoals de andere kinderen van de erflater) te betalen.

Het nadeel hiervan is dat de instelling op dat moment optreedt als algemeen legataris en op die manier ook gehouden is tot alle verplichtingen inzake de nalatenschap.

Om dit probleem op te vangen kan gewerkt worden met een omgekeerd duolegaat waarbij de instelling aangeduid wordt als bijzondere legataris onder last van de erfbelastingen van de andere legatarissen te voldoen. Op die manier worden de verplichtingen inzake de nalatenschap verschoven naar de andere erfgenamen.

⁸⁴ PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J. en VANWINCKELEN, K., *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 900- 901.

⁸⁵ S. LAUKENS, " Successieplanning en het duolegaat: een stand van zaken dd. 17.02.2015", www.monkey.be (consultatie 4 maart 2015).

7.3.3. Een externe organisatie inschakelen voor het zorgprobleem

Bij het overlopen van de vorige oplossingen voor het zorgprobleem kan één constante vastgesteld worden. Er is telkens een netwerk vereist rond het gehandicapte kind. De ouders moeten steeds terugvallen op naaste familie, vrienden of instellingen waar ze vertrouwen in hebben.

Dit netwerk is niet voor elke familie een evidentie. Voor dergelijke families zijn er hulpgroepen, zoals LUS vzw⁸⁶ opgericht.

LUS vzw was vroeger gekend als PLAN vzw maar is recentelijk gewijzigd van naam.

Deze VZW probeert een steungroep op te richten rond het gehandicapte kind. Ze verzamelen familie, vrienden en professionals die ernaar streven een toekomst uit te tekenen voor het gehandicapte kind, met aandacht voor de continuïteit van de zorgplanning. Bij LUS vzw wordt de steungroep mede geleid door een ervaren begeleider. Hij zal de planning in goede banen leiden en wijzen op eventuele gevaren en valkuilen waar de steungroep mee te maken kan krijgen.

7.3.4. Ambulante of residentiële verzorging

Als de ouders er niet in slagen een steungroep opgericht te krijgen, zelfs niet met behulp van organisaties zoals LUS vzw, dan zullen ze verplicht hun toevlucht moeten nemen tot instellingen, die de verzorging van het kind op zich zullen nemen.

Deze verzorging zal heel wat geld kosten. De ouders zullen hiervoor moeten instaan gedurende hun leven, later zullen andere familieleden deze kosten op zich moeten nemen. Ouders die menen dat ze voor de rest van het leven van het gehandicapte kind middelen hebben om de verzorging te financieren, kunnen een private stichting oprichten, die na het overlijden van de ouders zal instaan voor de financiering van de ambulante of residentiële zorg.

7.4. Nieuwe mogelijkheden sinds de inwerkingtreding van de wet inzake bewind

7.4.1. Algemeen

Zoals reeds eerder aangehaald zullen de contractuele mogelijkheden niet in alle gevallen voldoende zijn. Hierbij kan gedacht worden aan de situaties waarbij het kind weigert mee te werken of hier eenvoudigweg niet in staat toe is.

⁸⁶ <http://lusvzw.be> (consultatie 2 maart 2015)

Ingevolge de wet van 17 maart 2013 wordt, zoals hierboven reeds aangehaald, het zorgprobleem vanuit een andere invalshoek benaderd⁸⁷:

- Noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit, waarbij bekwaamheid de regel is.
- De bescherming betreffende de persoon en/ of de goederen zijn maatwerk, waarbij de vrederechter moet uitgaan van de bekwaamheid van de persoon
- De actieve betrokkenheid van de beschermde persoon wordt zoveel mogelijk nagestreefd.
- De rol van de vertrouwenspersoon is herbekeken, geherwaardeerd en nu ook wettelijk omkaderd.
- De buitengerechtelijke bescherming geniet de voorkeur. Men kan een eigen regeling voorzien in de vorm van een lastgeving. De lastgever blijft wel bekwaam om zelf te handelen.
- Als de vrederechter beslist dat de meerderjarige, wegens zijn gezondheidstoestand, zijn belangen niet meer behoorlijk kan waarnemen, kan hij onder bescherming geplaatst worden.
- Zoals eerder vermeld wordt er een opsplitsing gemaakt tussen de vermogensrechtelijke bescherming en de bescherming die de persoon betreft.

7.4.2. Opeenvolgende aanduiding bewindvoerders

Terugvallend op het idee van het nastreven van de maximale autonomie voor het gehandicapte kind behoeft het geen betoog dat men in de mate van het mogelijke rekening zal houden met de verklaring van voorkeur van het gehandicapte kind. De persoon met een beperking kan deze verklaring echter enkel afleggen op een moment dat men beschikt over voldoende geestelijk inzicht⁸⁸. Wanneer het kind geboren wordt met een mentale handicap is de kans dat het kind dergelijke verklaring zal kunnen afleggen eerder gering.

Wanneer het kind onder bewind wordt geplaatst, zullen in de meerderheid van de gevallen de ouders aangeduid worden als bewindvoerder. Enkel in de gevallen waar dit niet mogelijk of wenselijk is, zal de vrederechter ervoor opteren om een andere persoon aan te stellen als bewindvoerder.

De ouders zullen deze taak zeker ter harte nemen, om de door hen geleverde inspanningen niet verloren te laten gaan, is de keuze voor een goede opvolger uiterst belangrijk.

Het kan zijn dat ouders van mening zijn dat bepaalde familieleden minder geschikt zijn om die opdracht op zich te nemen.

⁸⁷ F. SWENNEN, " De meerderjarige beschermde personen (deel I), *RW* 2013-14, 563- 623.

⁸⁸ Art 496 BW.

De wetgever is zich bewust van het belang van de opvolging en bepaalt in art. 496/1 BW dat de bewindvoerder ook een verklaring van voorkeur kan afleggen⁸⁹.

De bewindvoerder dient hiertoe een verklaring af te leggen voor de vrederechter. Van deze verklaring wordt een akte opgesteld. Het afschrift van de akte wordt aan het administratief dossier toegevoegd.

Telkenmale de vrederechter moet overgaan tot de benoeming van een nieuwe bewindvoerder, zal hij eerst moeten nagaan of er geen verklaring van voorkeur voorhanden is⁹⁰.

Enkel wanneer er ernstige redenen zijn, kan de vrederechter weigeren de verklaring van voorkeur te homologeren. Hij dient deze motieven dan ook uitdrukkelijk te motiveren in zijn beschikking⁹¹.

De aangeduide opvolger kan ook geweigerd worden omwille van diens strafregister. De vrederechter zal de weigering wel motiveren, maar er moeten geen ernstige redenen zijn met betrekking tot de belangen van het gehandicapte kind.

De vrederechter kan de homologatie van de opvolger ook weigeren wanneer de aangeduide persoon iemand betreft die ten gevolge van art 496/6 BW niet mag aangesteld worden als bewindvoerder⁹².

Niet iedereen kan dergelijke verklaring van voorkeur afleggen⁹³. Enkel bewindvoerders die een naast verwante zijn van het gehandicapte kind, er wettelijk mee samen of er een feitelijk gezin mee vormen mogen voorzien in een opvolger⁹⁴.

Wat er precies moet verstaan worden onder “een naaste verwante van het gehandicapte kind” is verder niet gespecificeerd in de wet. De meerderheid in de rechtsleer dat deze beoordeling in concreto moet gebeuren. Wanneer de verklaring van voorkeur moet beoordeeld worden, dan zal de vrederechter moeten oordelen of de huidige bewindvoerder tot de naaste familie van het gehandicapte kind behoort⁹⁵.

⁸⁹ C. DE WULF, “ De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen- de Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus”, *T. Not.* 2013, 308.

⁹⁰ Art. 496/1, §1, 3^e lid BW.

⁹¹ Art 496/2, 1^e lid BW.

⁹² C. DE WULF, “ De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen- de Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus”, *T. Not.* 2013, 304.

⁹³ J. BAEL, “ De nieuwe wettelijke regeling inzake het bewind en de planning van de nalatenschappen van de ouders van een mentaal gehandicapt kind”, *T. Not* 2014, 149.

⁹⁴ Art 496/1, §1, 1^e lid BW.

⁹⁵ J. BAEL, “ De nieuwe wettelijke regeling inzake het bewind en de planning van de nalatenschappen van de ouders van een mentaal gehandicapt kind”, *T. Not* 2014, 150, K. ROTTHIER, “ De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: een overzicht vanuit vogelperspectief”, *Not. Fisc. M* 2013, 193.

Er dient voor de duidelijkheid nog eens benadrukt dat enkel de huidige bewindvoerder dergelijke verklaring van voorkeur kan afleggen. Dit houdt in dat het gehandicapte kind reeds onder het bewind moet geplaatst zijn, alvorens bijvoorbeeld de ouders een mogelijke opvolger kunnen aanduiden⁹⁶.

Men zou zich de vraag stellen wie er voorrang krijgt, wanneer zowel de beschermde persoon als de bewindvoerder een verklaring van voorkeur afleggen. Vanuit de doelstelling van de wet inzake bewind zou de verklaring van de beschermde persoon voorrang moeten krijgen, gelet op het feit dat men zijn handelingsbekaamheid minimaal wil beperken⁹⁷.

7.4.3. Vertrouwenspersoon

In art. 492 BW wordt de figuur van de vertrouwenspersoon opgewaardeerd ten opzichte van zijn vroegere rol onder het voorlopige bewind.

De vertrouwenspersoon is iemand die als bemiddelaar optreedt tussen de bewindvoerder(s) en de beschermde persoon. Daarnaast vertolkt de vertrouwenspersoon ook de mening van de beschermde persoon indien die persoon daar zelf niet toe in staat is. De vertrouwenspersoon ondersteunt de beschermde persoon bij het uiten van zijn mening en oefent toezicht uit over de goede werking van het bewind.

Men zou in het kader van de professionele bewindvoering een centralere rol kunnen toekennen aan de vertrouwenspersoon, waarbij deze laatste niet louter dient als een bemiddelaar. De vertrouwenspersoon zou dan de belangen van het gehandicapte kind kunnen behartigen en de professionele bewindvoerder neemt de formaliteiten van de bewindvoering dan op zich. Over deze mogelijkheid wordt op het einde van de masterproef dieper ingegaan⁹⁸.

Anders dan de vertrouwenspersoon in bijvoorbeeld de Patiëntenwet, vangt zijn taak pas aan vanaf de onbekwaamverklaring van de beschermde door de vrederechter.

7.4.4. Wijziging Patiëntenrechtenwet

De wetgeving inzake bewind heeft art 13 van de Patiëntenrechtenwet opgeheven (vertegenwoordiging van de handelingsonbekwame meerderjarige patiënt) en art 14 (vertegenwoordiging van de meerderjarige wilsonbekwame patiënt) herschreven⁹⁹.

⁹⁶ J. BAEL, "De nieuwe wettelijke regeling inzake het bewind en de planning van de nalatenschappen van de ouders van een mentaal gehandicapt kind", *T. Not* 2014, 150.

⁹⁷ C. DE WULF, "De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen- de Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus", *T. Not.* 2013, 309.

⁹⁸ zie onder rubriek 11.3.

⁹⁹ H. NYS en L. BODDEZ, "De meerderjarige beschermde personen bekeken vanuit gezondheidsrechtelijke invalshoek", *RW* 2013-14, 1091.

Het nieuwe artikel 14 handelt nu uitsluitend nog over de handelingsonbekwame.
Dit houdt in dat de vertegenwoordigingsregel voor patiënten die wilsonbekwaam zijn om hun patiëntenrechten uit te oefenen, maar juridisch niet onbekwaam zijn verklaard zijn, moeten terugvallen op de oude rechtsonzekere situatie van vóór de Patiëntenrechtenwet.
Dit is een gemiste kans.

8. Bestuursprobleem

8.1. Inleiding

Naast de zorg voor het gehandicapte kind stelt zich ook het bestuursprobleem van het vermogen van het kind.

Het bestuursprobleem houdt in dat het gehandicapte kind niet in staat is zelf zijn vermogen te beheren.

Meestal zal het gehandicapte kind niet in staat zijn om een beroep uit te oefenen en zal zijn inkomen beperkt blijven tot sociale tegemoetkomingen.

Toch zijn er situaties mogelijk waarin het kind geconfronteerd wordt met een grote som geld. Hierbij kan gedacht worden aan het geval waarin zijn ouders komen te overlijden en hij dus ook recht heeft op een aandeel in de nalatenschap.

Vaak zal het deel van de reserve dat aan het gehandicapte kind toekomt, veel meer zijn dan het gehandicapte kind nodig heeft om te voorzien in zijn dagelijks onderhoud.

In dit deel van de masterproef worden de mogelijkheden nagegaan waarin de reserve kan beperkt worden of zelfs niet toekomt aan het gehandicapte kind zelf. Op die manier zou men meer kunnen toekennen aan een derde dan louter het beschikbaar deel.

Om aan het bestuursprobleem tegemoet te komen, kan dit praktisch zijn.

Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarbij de wettelijke reserve dat aan het gehandicapte kind toekomt, veel meer is dan nodig om te voorzien in zijn dagelijkse behoeften, zoals reeds eerder vermeld.

Normaal zal het gehandicapte kind zelf geen kinderen krijgen of huwen. Het vermogen dat het gehandicapte kind kan opbouwen, zal dus enkel overgaan naar diens erfgenamen mits betaling van hoge erfbelastingen. De tarieven voor broers en zussen bedragen minimaal 30%. Wanneer de goederen en gelden door het overlijden van het gehandicapte kind overgaan naar andere erfgenamen, dan betalen die erfgenamen minimaal 45% erfbelastingen¹⁰⁰.

Het is van belang er op te wijzen dat het bestuursprobleem zich niet beperkt tot de gevallen waarin de vrederechter bepaalt dat het gehandicapte kind niet als bekwaam kan worden beschouwd om de draagwijdte van zijn handelingen in te schatten.

Wanneer kinderen volledig handelingsbekwaam zijn naar recht, kunnen ouders toch van mening zijn dat hun kind niet in staat is zijn vermogen te beheren en een private regeling

¹⁰⁰ Art 52 decreet van 19 december 2014 tot wijziging van de Vlaamse codex van Fiscaliteit van 13 december 2013, bl 7742, BS 29 januari 2015.

uitwerken, waarbij voorzien wordt in begeleiding voor het kind om het vermogen zo goed mogelijk aan te wenden voor de zorg die het kind nodig zal hebben.

8.2. Contractuele regelingen

De ouders kunnen beslissen om geen beroep te doen op rechterlijke beschermingsmaatregelen, maar zich te beperken tot een contractuele regeling. Hierbij is het van belang goed voor ogen te houden dat eenieder ten allen tijde de rechterlijke beschermingsmaatregelen voor het gehandicapte kind kan uitlokken door het instellen van een vordering bij de vrederechter¹⁰¹.

Als de ouders niet aangeduid worden als bewindvoerder, kan op die manier een derde betrokken worden in de verhouding tussen de ouders en het kind.

8.2.1. Gehuwde ouders

Als de ouders gehuwd zijn, kunnen ze al iets meer doen om te anticiperen op het bestuursprobleem dat dreigt te ontstaan wanneer een van hen beiden niet langer in staat is te zorgen voor het gehandicapte kind. Hierbij is wel vereist dat de andere ouder op dat moment daar wel nog in staat en bereid toe is.

Wanneer de beide ouders niet gelijktijdig komen te overlijden, moet de erfenis van de ene ouder verdeeld worden over de andere ouder en de kinderen. Volgens het wettelijk erfrecht erft het kind de blote eigendom en geniet de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik¹⁰². Wanneer de langstlevende echtgenoot bijvoorbeeld de gezinswoning wil verkopen of andere rechtshandelingen stellen met betrekking tot de goederen waarvan de kinderen de blote eigendom hebben, zal die langstlevende echtgenoot hiervoor de toestemming moeten krijgen van de kinderen.

Om dit te vermijden kan de eigendomsoverdracht uitgesteld worden. Als de ouders gehuwd zijn, kunnen ze in hun huwelijkscontract een verblijvingsbeding¹⁰³ inlassen.

Ingevolge dit verblijvingsbeding zal ten gevolge van het overlijden van de partner een ander deel dan de helft of zelfs het gehele vermogen toegekend worden aan de langstlevende echtgenoot. Als het gehele vermogen wordt toegekend aan de langstlevende, dan is er sprake van een uitgestelde eigendomsoverdracht, zoals eerder vermeld¹⁰⁴.

Ook bij testament zou een groter erfdeel kunnen gelegateerd worden aan de langstlevende echtgeno(o)t(e)

¹⁰¹ Art 1238 §1, 1^e lid Ger. W.

¹⁰² Art 745 bis §1 BW.

¹⁰³ Art 1461 BW.

¹⁰⁴ PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J. en VANWINCKELEN, K., *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 344.

Hoewel het belang van testamentaire bevoordeling van de langstlevende echtgenoot beperkt is geworden sinds de wet van 14 mei 1981¹⁰⁵, kan het in het kader van familiale vermogensplanning van ouders met een mentaal gehandicapt kind wel een handig systeem zijn om de problemen in verband met het bestuur nog even voor zich uit te schuiven. Door het toekennen van de volle eigendom over (een deel van) het vermogen, ontstaat er geen onverdeeldheid met de kinderen.

Helaas zijn er aan dit verblijvingsbeding ook nadelen gekoppeld. Door het inlassen van een dergelijk beding worden veel erfbelastingen betaald. De wet inzake erfbelastingen bepaalt immers dat die toekenning in hoofde van de langstlevende echtgenoot een legaat uitmaakt en ook zo dient belast te worden. Wanneer die langstlevende echtgenoot vervolgens komt te overlijden, zullen de erfgenamen op die goederen eveneens erfbelastingen moeten betalen.

Hoewel het volledig gemeenschappelijke vermogen wordt toegekend aan de langstlevende echtgenoot, moet er nog steeds een vereffening van de nalatenschap plaatsvinden¹⁰⁶.

De hoge erfbelastingen kunnen opgevangen worden door aan het verblijvingsbeding een keuzebeding¹⁰⁷ te koppelen. Op het ogenblik dat de eerste ouder overlijdt, kan de langstlevende ouder kiezen of verblijvingsbeding uitwerking moet krijgen of het wettelijk erfrecht toch gewoon kan spelen. Men kan op dat moment beter de eigen financiële situatie en die van het gezin inschatten.

Dit keuzebeding dient wel uitdrukkelijk toegekend te worden aan de langstlevende ouder. Om rechtsonzekerheid te vermijden, wordt best uitdrukkelijk in het huwelijkscontract bepaald wanneer en hoe men het keuzerecht moet uitoefenen¹⁰⁸.

Het spreekt voor zich dat een keuzebeding slechts mogelijk is voor echtgenoten die gehuwd zijn onder een stelsel met een gemeenschappelijk vermogen.

Een andere manier om die overmatige erfbelastingen te vermijden is door een last te koppelen aan het verblijvingsbeding.

Bij een verblijvingsbeding onder last zal er bij ontbinding van het huwelijksvermogensstelsel ten gevolge van overlijden door de langstlevende ouder aan de nalatenschap de tegenwaarde moeten vergoed worden van het (deel van) vermogen dat door dit verblijvingsbeding toekomt aan de langstlevende echtgenoot.

¹⁰⁵ Wet 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *BS* 27 mei 1981, 6908.

¹⁰⁶ Rb. Mechelen (4^e k.) 21 mei 2008, *T. Not.* 2009, 246.

¹⁰⁷ J. DU MONGH, "Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtigheid blijft geboden", *T. Not.* 2007, 495.

¹⁰⁸ CASTELEIN, C. En DIERYCK, J., "Vermogensplanning voor en door beschermde personen. De nieuwe regeling na de wet van 17 maart 2013" in X., *Bespreking van de wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 171.

Dit is een schuldvordering die dient opgenomen te worden in het actief van de nalatenschap. Ze is echter ten vroegste opeisbaar op het moment dat het vruchtgebruik uitdooft. Niets belet de langstlevende ouder natuurlijk om de schuldvordering reeds eerder te voldoen¹⁰⁹. De herkwalficatie als legaat aan de langstlevende van meer dan de helft van het gemeenschappelijk vermogen, verliest haar oorzaak wanneer de waarde van de last gelijk is aan de helft van het gemeenschappelijk vermogen¹¹⁰.

Bij het keuzerecht onder last¹¹¹ zal bij de ontbinding van het stelsel door overlijden komt de ene helft van het gemeenschappelijke vermogen toekomen aan de langstlevende, de andere helft komt toe aan de nalatenschap. De langstlevende kan echter aanwijzen welke goederen en schulden hij of zij wil opnemen in zijn of haar kavel. Wanneer die samengestelde kavel de waarde overtreft van het aandeel dat die langstlevende ouder had in het gemeenschappelijk vermogen, zal de langstlevende ouder een opleg verschuldigd zijn aan de nalatenschap. De erfgenamen kunnen de langstlevende echtgenoot echter niet dwingen die opleg te voldoen, zolang deze het vruchtgebruik over de nalatenschap uitoefent.

Naast deze formule is er de sterfhuisclausule waarbij voorzien wordt in het huwelijkscontract dat de volledige gemeenschap toekomt aan één welbepaalde, bij naam genoemde echtgenoot, ongeacht de oorzaak van de ontbinding van de huwgemeenschap. Blijkens een fiscale omzendbrief zou dit te kwalificeren zijn als fiscaal misbruik en onderworpen worden aan erfbelastingen¹¹².

8.2.2. Budgetbegeleiding- en beheer

Als ouders van mening zijn dat hun kind niet bekwaam is om zijn budget te beheren¹¹³, kunnen ze het OCMW aanspreken en mits akkoord van het kind kan er een maatschappelijk werker aangesteld worden die het kind zal helpen om het bestuursprobleem aan te pakken. Het OCMW voorziet in vier vormen van dienstverlening, waarbij de eerste twee preventief kunnen aangewend worden en de laatste twee eerder dienen als oplossing als er reeds schulden zijn en het kind zelf niet in staat is die te boven te komen.

- Budgetbegeleiding: Bij budgetbegeleiding behoudt het kind de volledige autonomie over zijn vermogen. Deze autonomie is zowel het grote voordeel als nadeel van dit systeem. Als hij de betalingen niet juist uitvoert, blijft het zijn eigen verantwoordelijkheid. Hij ontvangt zelf de inkomsten en zal ook zelf moeten instaan

¹⁰⁹ J. DU MONGH, "Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtigheid blijft geboden", *T. Not* 2007, 496.

¹¹⁰ Vraag nr. 914, *Vr. en Antw.* Kamer 2005-06, nr. 107, p 19924.

¹¹¹ J. DU MONGH, "Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtigheid blijft geboden", *T. Not* 2007, 498.

¹¹² E. SPRUYT, "Registratie- en erfbelasting: eigen(zinnige) omzendbrief inzake fiscaal misbruik dd. 16.02.2015, www.monkey.be (consultatie op 4 maart 2015).

¹¹³ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 51.

voor zijn uitgaven. De maatschappelijke dienstverlening zal zich beperken tot het adviseren en ondersteunen van het kind. Men wil het kind leren op een correcte manier om te gaan met zijn vermogen, zodat de uitgaven en inkomsten in evenwicht komen, met het uiteindelijke doel dat het kind volledig zelfstandig zijn vermogen zal kunnen beheren, zonder bijkomende ondersteuning¹¹⁴.

- Budgetbeheer: Budgetbeheer is gaat al iets verder dan de budgetbegeleiding. Mits akkoord van het kind wordt zijn of haar autonomie ingeperkt. Er wordt geld op een budgetrekening gestort. Deze rekening staat op naam van het kind, maar het OCMW krijgt er een volmacht op. Met deze volmacht staat het OCMW in voor de nodige betalingen en voorziet in “zakgeld” voor het kind. Door deze autonomiebeperking worden de betalingen zeker juist gedaan, er kunnen bovendien geen onverantwoorde uitgaven meer gedaan worden¹¹⁵.
- Schuldbemiddeling: Als er reeds schulden zijn, kan het OCMW optreden als schuldbemiddelaar en eventueel respijttermijnen bekomen voor het kind. Idealiter wordt een haalbaar afbetalingsplan opgesteld. In de meeste gevallen zal het OCMW zich hier pas bereid toe te stellen als het kind ook akkoord gaat met budgetbegeleiding- of beheer.

Door de schuldbemiddeling moet het kind niet langer zelf in staan voor het beheer van zijn schulden, maar worden die nu professioneel beheerd. Het nadeel van dit systeem is dat men moet rekenen op de goodwill van de schuldeisers. Zij zijn niet verplicht in te gaan op het voorstel tot schuldbemiddeling en kunnen nog altijd over gaan tot het invorderen van hun schuld als ze het voorstel niet aanvaarden¹¹⁶.

- Collectieve schuldenregeling: Dit betreft een gerechtelijke maatregel die budgetbeheer en schuldbemiddeling combineert. De inkomsten waar het kind recht op heeft, worden aan de schuldbemiddelaar gestort, die een leefgeld ter beschikking stelt van het kind. Deze collectieve schuldenregeling moet niet noodzakelijk via het OCMW verlopen.

Ouders zouden er ook voor kunnen opteren om niet naar het OCMW te stappen voor de budgetbegeleiding. Als ze er in geslaagd zijn een goed verzorgingsnetwerk op te stellen, zouden ze de opdrachten inzake budgetbegeleiding en budgetbeheer ook kunnen opnemen in die private regeling, wat uiteraard aan te bevelen is .

Hierdoor worden niet alleen de toekenningen of uitkeringen opgenomen in het beheer, maar ook bijvoorbeeld vermogens die het kind later zou kunnen erven of krijgen. Dit is zeker

¹¹⁴ R. MATTHEUS, *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 138.

¹¹⁵ MATTHEUS, R., *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 138.

¹¹⁶ MATTHEUS, R., *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 139.

interessant wanneer het een gehandicapt kind betreft en de ouders zich zorgen maken over wat er met hun nalatenschap zal gebeuren.

Deze regeling focust vooral op de autonomie van het kind. Het is de bedoeling dat het kind in de mate van het mogelijke zelf zijn vermogen zo veel mogelijk zou beheren. Dit impliceert evenwel dat het kind slechts een beperkte handicap heeft.

Helaas is voor deze regeling nog altijd de goedkeuring van het kind nodig. Om het kind te stimuleren in te gaan op de voorgestelde regeling, zouden de ouders wel kunnen werken met een alternatieve beschikking (supra)¹¹⁷.

Bij de totstandkoming van de nieuwe wet inzake bewind heeft men er voor gepleit om het voor de vrederechter ook mogelijk te maken om maatregelen op te leggen die voorzien in budgetbegeleiding- en beheer. Deze maatregelen zouden dan de minst vergaande beperkingen zijn van de bekwaamheid van het kind¹¹⁸. Het grote voordeel van deze maatregelen had geweest dat zij in tegenstelling tot de private regeling niet van tijdelijke aard waren. Ze zouden de autonomie van het kind zoveel mogelijk stimuleren, maar het kind zou nog steeds kunnen terugvallen op zijn bewindvoerder voor de budgetbegeleiding en -beheer. Indien blijkt dat na verloop van tijd de toestand van het kind verbetert en hij een ruimere autonomie zou aankunnen, zou de vrederechter nog altijd kunnen opteren om van budgetbeheer over te stappen naar budgetbegeleiding.

Er dient benadrukt te worden dat het hier gaat om kinderen die niet onder een juridische beschermingsmaatregel vallen en nog voldoende zelfstandig kunnen functioneren. Het gaat ook niet uitsluitend om gehandicapte kinderen.

8.2.3. **Schenking of legaat met een bewindsclausule**

Wanneer de ouders vrezen dat hun kind niet in staat zal zijn het geschonken of geërfde vermogen op een behoorlijke manier te besturen, kunnen ze goederen of gelden schenken of legateren met een bewindsclausule¹¹⁹.

Dergelijke clausule houdt in dat het eigendomsrecht van de goederen of gelden toebehoort aan het beschermde kind, maar een derde zal het vermogen besturen en of beheren. Dit bestuur dient steeds te gebeuren in het belang van het gehandicapte kind. Het eigendomsrecht van de goederen of gelden wordt eigenlijk beperkt tot het economisch genot over de erfenis of de schenking.

¹¹⁷ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 51.

¹¹⁸ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 52.

¹¹⁹ CASTELEIN, C. En DIERYCK, J., " Vermogensplanning voor en door beschermde personen. De nieuwe regeling na de wet van 17 maart 2013" in X., *Bespreking van de wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 173.

Deze bewindsclausule wordt niet unaniem in de rechtsleer aanvaard¹²⁰, gezien het feit dat geargumenteed kan worden dat er een onbekwaamheid wordt gecreëerd buiten de wet om. Zeker in het kader van de nieuwe wetgeving inzake bewind, waarin men uitgaat van de bekwaamheid van de persoon kan die bewindsclausule als ongeldig beschouwd worden. Er heerst ook verwarring of de bewindsclausule enkel slaat op het beschikbaar deel of ook het reservatair deel kan betreffen. Men heeft immers als wettelijke erfgenaam recht om de reserve te genieten, zonder beperkingen.

Toch gaan er stemmen op die menen dat de bewindsclausule wel perfect rechtsgeldig is. Volgens hen wordt er geen onbekwaamheid gecreëerd, gelet op het feit dat de onbekwaamheid niet tegenstelbaar is aan derden.¹²¹

8.3. Rechterlijke beschermingsmaatregelen

8.3.1. Inleiding

Wanneer het kind onder rechterlijke bescherming staat, zal er een bewindvoerder aangesteld worden. Deze bewindvoerder zal onder andere het vermogen van het gehandicapte kind moeten beheren in het belang van het gehandicapte kind.

Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet inzake bewind is het ook mogelijk om naast de bewindvoerder over de goederen ook een bewindvoerder over de persoon aan te stellen.

Zoals eerder aangehaald blijft het gehandicapte kind bekwaam om alle handelingen met betrekking tot zijn persoon en/of goederen te stellen, behalve die waarvan de vrederechter uitdrukkelijk melding heeft gemaakt¹²².

Wanneer de ouders beslissen het bestuursprobleem aan te pakken door het instellen van de vordering om het kind onbekwaam te laten verklaren, dienen zij er rekening mee te houden dat de vrederechter nog steeds een appreciatiemarge heeft. De vrederechter kan oordelen dat het kind perfect bekwaam is om zijn goederen en gelden te beheren.

Als het gehandicapte kind hiertoe bekwaam wordt geacht, zal het kind ook kunnen optreden tegen de regelingen die zijn ouders reeds getroffen hebben en zal het kind volledig zelfstandig zijn belangen kunnen behartigen.

¹²⁰ N. GEELHAND DE MERXEM en A. VERBEKE, "Bewindsclausule" in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Liber Amicorum prof. Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 203-225.

¹²¹ CASTELEIN, C. En DIERYCK, J., "Vermogensplanning voor en door beschermde personen. De nieuwe regeling na de wet van 17 maart 2013" in X., *Bespreking van de wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 173-174.

¹²² Bekwaamheid is de regel, onbekwaamheid vormt een uitzondering

8.3.2. Nieuwe mogelijkheden sinds de wet van 17 maart 2013 inzake bewind

Een van de grootste veranderingen op vlak van besturing van het vermogen van het gehandicapte kind is dat in de huidige regeling de beide ouders kunnen aangesteld worden als bewindvoerder¹²³. Onder de oude regeling was dit enkel mogelijk voor de gevallen waarin het kind onder verlengde minderjarigheid werd geplaatst.

Dit had verschillende nadelen.

Vooreerst waren de gevallen waarin men beroep kon doen op de verlengde minderjarigheid eerder beperkt. Een kind kon enkel onder verlengde minderjarigheid geplaatst worden als *“blijkt dat ze wegens ernstige geestelijke achterlijkheid ongeschikt zijn en schijnen te zullen blijven om zichzelf te leiden en hun goederen te beheren”*¹²⁴.

De wet stelde toen als voorwaarde dat die ernstige geestelijke achterlijkheid moest ontstaan zijn bij de geboorte of begonnen moest zijn tijdens de vroege kinderjaren¹²⁵.

Als het kind pas later door bijvoorbeeld een ongeval in een dergelijke toestand kwam, kon het niet meer onder de verlengde minderjarigheid geplaatst worden en konden de beide ouders niet als bewindvoerder aangeduid worden.

Het statuut van de verlengde minderjarigheid hield ook geen rekening met de resterende capaciteiten van het kind. Eens men onder de verlengde minderjarigheid geplaatst was, was men over de volledige lijn handelingsonbekwaam.

Naast de voorgenoemde nadelen is de psychologische impact van de gebruikte terminologie niet te onderschatten. Kinderen die onder de verlengde minderjarigheid worden geplaatst blijven onder het ouderlijk gezag geplaatst.

Deze benaming kan erg neerbuigend overkomen voor iemand die al een behoorlijke leeftijd heeft. Het was duidelijk uit het VN- verdrag van 2006 dat deze terminologie niet kon gehandhaafd worden. Zoals eerder vermeld, heeft men dan ook gekozen voor een neutralere terminologie.

Naast de beide ouders kan sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet inzake bewind ook een private stichting aangesteld worden als bewindvoerder. Er wordt wel vereist dat die private stichting enkel is opgericht met het doel zich in te zetten voor het gehandicapte kind¹²⁶.

Over de concrete werking van de private stichting wordt later in deze masterproef dieper ingegaan.

¹²³ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 57.

¹²⁴ Art 487 bis, 1^e en 3^e lid BW (opgeheven bij art 25 van de Wet van 17 maart 2013).

¹²⁵ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 379.

¹²⁶ SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 57.

Zoals reeds eerder vermeld heeft men de soepelheid van het voorlopig bewind over de goederen ook willen doortrekken naar het bewind over de persoon. Men zal er doorgaans voor kiezen dezelfde bewindvoerder aan te stellen voor het beheer over de goederen als voor het beheer over de persoon. Men kan er ook voor opteren om de bewindvoering op te splitsen en te laten uitvoeren door twee of meerdere bewindvoerders.

Wanneer er enkel problemen zijn met betrekking tot het beheer over de goederen, dus eigenlijk enkel een bestuursprobleem, zouden de ouders ervoor kunnen opteren het kind niet onder gerechtelijke bescherming te laten plaatsen maar het kind ertoe aan te zetten zich te beroepen op een buitengerechtelijke bescherming. Op deze buitengerechtelijke bescherming wordt verder nog ingegaan, maar voor de meeste gehandicapte kinderen zal ook zorg over de persoon nodig zijn, waardoor ze niet kunnen terugvallen op de buitengerechtelijke bescherming.

8.3.3. De gevolgen van de onbekwaamverklaring

Als de vrederechter van mening is dat iemand onbekwaam is om zijn goederen te beheren, dan moet vrederechter uitdrukkelijk de handelingen inventariseren waarvoor bijstand dan wel vertegenwoordiging voor nodig is¹²⁷.

Het principe is dat als wordt besloten tot handelingsonbekwaamheid voor een bepaalde rechtshandeling men bij voorkeur het gehandicapte kind zal bijstaan voor het stellen van die specifieke rechtshandelingen¹²⁸. Pas wanneer dit niet mogelijk blijkt, zal de bewindvoerder moeten optreden in naam en voor rekening van het gehandicapte kind.

In het geval bijstand volstaat, zal het gehandicapte kind zelf het initiatief moeten nemen als hij wil dat een bepaalde rechtshandeling wordt gesteld. Het is dan de bewindvoerder die moet oordelen of de rechtshandelingen de belangen van de beschermde persoon schaadt. Indien dit het geval is, zal de bewindvoerder zijn bijstand moeten weigeren. Op vermogensrechtelijk vlak heeft de bewindvoerder een ruimere beoordelingsmarge dan op persoonlijk vlak. Wanneer het een rechtshandeling is die de persoon betreft, kan de bewindvoerder enkel zijn bijstand weigeren wanneer die rechtshandeling de belangen van de beschermde persoon kennelijk schaadt.¹²⁹ Het betreft dus slechts een marginale toetsing. Wanneer bijstand niet volstaat, zal de vrederechter de bewindvoerder een vertegenwoordigingsopdracht moeten geven. Wat betreft het vermogen zal dit een algemeen vermogensbeheer inhouden. Het is de bedoeling dat de bewindvoerder het vermogen beheert zoals een goede huisvader¹³⁰.

¹²⁷ Art 492/1 §2, 1^e lid BW.

¹²⁸ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, " Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013, *T. Fam.* 2014, 71- 73.

¹²⁹ Art 498/2, 1^e lid BW.

¹³⁰ Art 499/1, §2 BW.

Om het de vrederechter toch iets gemakkelijker te maken, werd voorzien in een checklist. Over de handelingen die opgesomd worden in art 492/1, §2, 3^e lid BW¹³¹ moet de vrederechter in elk geval uitspraak doen. Deze lijst is ingevoerd om redenen van uniformiteit, rechtszekerheid en de vrederechters ertoe aan te zetten om het op maat maken van de statuten voldoende nauwkeurig te doen.

Naast deze checklist die in de wetgeving is opgenomen, kan de vrederechter ook gebruik maken van andere initiatieven die een goede leidraad kunnen vormen bij het afbakenen van de handelingsbekwaamheid. Zo heeft de Koning Boudewijnstichting ook een dergelijke lijst uitgegeven met mogelijke checkpoints die de vrederechter kan nagaan, let wel, de vrederechter is op geen enkele wijze gebonden door die private lijsten.

Naast de checklist is er nog een lijst met hoogstpersoonlijke rechtshandelingen¹³². Dit zijn handelingen die de bewindvoerder niet kan stellen in naam en voor rekening van de hiertoe onbekwaam verklaarde persoon. Het betreft in alle opgesomde handelingen persoonlijke keuzes die niet plaatsvervangend kunnen gesteld worden¹³³. Helaas heeft de wetgever rechtsonzekerheid in het leven geroepen door de beide lijsten niet op elkaar af te stemmen.

Een aantal van deze hoogstpersoonlijke handelingen, zoals het uitoefenen van het wettelijk beheer over de goederen van de minderjarige, zijn minder relevant in het kader van de familiale vermogensplanning voor ouders met een mentaal gehandicapt kind. De kans is immers eerder klein dat het gehandicapte kind zelf afstammelingen zal hebben, zeker wanneer die handicap aangeboren is.

Wel vermeldingswaardig in het kader van het besturen van het vermogen zijn de schenking en het testeren, bij wijze van voorbeeld.

Op het eerste zicht zou men denken dat alles wat het gehandicapte kind opbouwde aan vermogen gedurende zijn leven en dat hij niet opgebruikte tijdens zijn leven, enkel door vererving kan overgaan naar zijn erfgenamen. Gelet op het feit dat het gehandicapte kind meestal zelf geen afstammelingen zal hebben en hij mogelijks al geërfd heeft van zijn ouders, zullen het meestal eventuele broers of zussen zijn die tot de nalatenschap geroepen zullen worden. De erfbelastingen voor broers en zussen zijn erg hoog, zoals reeds eerder vermeld.

A. Schenkingen

Onder het voorlopig bewind kon de voorlopige bewindvoerder in beginsel geen schenkingen doen namens de onbekwaamverklaarde. Als de echtgenote van de persoon met een beperking aangesteld werd als voorlopige bewindvoerder, kon die wel gemeenschapsgoederen schenken.

¹³¹ Art 492/1, §2, 3^e lid BW.

¹³² Art 497/2 BW

¹³³ MvT, *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr 53K1009/001, 48-49.

Er was echter een minderheid in de rechtspraak en rechtsleer die meende dat een plaatsvervangende schenking door de voorlopige bewindvoerder ook mogelijk was. De heer Swennen voerde de “substituted judgment test”- theorie aan. Hij werd hierbij gevolgd door enkele vrederechters¹³⁴.

Als de beschermde persoon niet meer bekwaam werd geacht om te schenken, dan is schenking door middel van vertegenwoordiging wel mogelijk volgens de heer Swennen. Er werd wel vereist dat uit vroegere verklaringen, al dan niet schriftelijk, de wens was geuit om te begiftigen, op een moment dat de onbekwaamverkleerde wel nog wilsgeschikt was.

De wetgever had wel oren naar die mogelijkheden en in de nieuwe wet inzake bewind voorziet men mogelijkheden om toch te schenken, ook al is iemand hiertoe onbekwaam bevonden.

Men was zich bewust van de problematiek die anders kan ontstaan bij de familiale vermogensplanning als een van de kinderen gehandicapt is.

In een amendement verklaart de heer Terwingen het volgende: *“Zo kan er geen schenking gebeuren aan een kind van de beschermde persoon naar aanleiding van diens huwelijk ingeval de beschermde persoon op dat tijdstip wilsonbekwaam is, hoewel de andere kinderen van de beschermde persoon in het verleden wel een schenking ontvingen naar aanleiding van hun huwelijk... Het is voor de beschermde persoon ook onmogelijk om te anticiperen op te hoge successierechten hoewel uit verklaringen en handelingen in het verleden duidelijk blijkt dat dit een grote bezorgdheid is van de beschermde persoon of hij daar wel reeds op anticipeerde, enz. Het is ook best denkbaar dat de wil van de beschermde persoon blijkt uit een bepaalde wijze van handelen uit het verleden.”*¹³⁵

In het geval het gehandicapte kind onbekwaam wordt bevonden om te schenken¹³⁶, zijn er sinds de wet van van 17 maart 2013 twee mogelijkheden¹³⁷.

Eenzijds voorziet art 499/7 §4 BW in de mogelijkheid om een schenking te doen via vertegenwoordiging door de bewindvoerder. De bewindvoerder over de goederen kan hiertoe van de vrederechter een bijzondere machtiging verkrijgen. Vereist is wel dat de gehandicapte persoon wilsonbekwaam moet zijn om een schenking te mogen doen en een verklaring heeft afgelegd, al dan niet schriftelijk, op een moment dat hij hiertoe nog wel bekwaam werd geacht, waaruit de wil om te schenken duidelijk blijkt. Deze voorafgaande wilsverklaring kan ook blijken uit handelingen uit het verleden.

Daarnaast moet de schenking in verhouding staan tot het vermogen van de schenker.

¹³⁴ N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, 17.

¹³⁵ Amendement (R. TERWINGEN) op het voorstel van de wet tot invoering van een globaal beschermingsstatuut voor meerderjarige wilsonbekwame personen, *Parl. St.* 2010-11, nr 53K1009/002, 33.

¹³⁶ Art 492/1 §2, 13° BW.

¹³⁷ A. WYLLEMAN, “Een nieuw wettelijk kader voor wilsonbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed), *Rechtskroniek voor het Notariaat- Deel 23*, Brugge, Die Keure, 2013, 129-130.

Men kan zich de vraag stellen hoe de mogelijkheid van de plaatsvervangende schenking zich verhoudt tot art 901 BW, dat stelt dat een schenker op het moment van de schenking gezond van geest moet zijn. Kunnen erfgenamen van de beschermde persoon zich niet beroepen op art 901 BW om de gedane schenking nietig te laten verklaren? De wetgever heeft bij de invoering van de wet van 17 maart 2013 nagelaten dit artikel aan te passen, waardoor er rechtsonzekerheid dreigt te ontstaan.

De meest logische uitleg voor de verhouding tussen de plaatsvervangende schenking en art 901 BW is dat wanneer er een duidelijke instructie van de beschermde persoon beschikbaar is, die dateert van een moment dat die persoon wel nog wilsbekwaam was, art 901 BW niet van toepassing kan zijn, ook niet wanneer die persoon niet meer wilsbekwaam zou zijn op het ogenblik van de eigenlijke schenking¹³⁸.

Daarnaast kan het gehandicapte kind, dat onbekwaam werd verklaard om te schenken, een bijzondere vrederechtelijke machtiging vragen¹³⁹. De vrederechter beoordeelt dan de toestand van de gehandicapte op het moment van de aanvraag en zal de machtiging weigeren wanneer door die schenking het gehandicapte kind of diens onderhoudsgerechtigden behoeftig dreigen te worden¹⁴⁰.

Wanneer de vrederechter het verzoek inwilligt, kan het gehandicapte kind de schenking zonder bijstand doen, omdat hij op dat moment hiertoe wilsbekwaam wordt geacht¹⁴¹.

Het begrip 'wilsbekwaamheid' is in deze context niet nader gespecificeerd. Men gaat er van uit dat de persoon voor het stellen van de rechtshandeling in staat moet zijn een wil te vormen, onafhankelijk van externe beïnvloeding. Dit is een puur feitelijk begrip, en valt niet noodzakelijk samen met het juridische begrip handelingsonbekwaamheid. Iemand kan perfect op hetzelfde moment handelingsonbekwaam zijn, maar wel wilsbekwaam. Het zou misschien duidelijker zijn om te spreken over wilsgeschiktheid in plaats van wilsbekwaamheid¹⁴².

Voor personen bij wie het ziekteverloop niet stabiel is, kan deze uitzondering een groot voordeel betekenen.

Omwille van deze extra mogelijkheid, gaat de vrederechter bij het instellen van de gerechtelijke beschermingsmaatregelen vaak eerder strenger oordelen, omdat er toch nog een extra beoordeling kan volgen met betrekking tot de specifieke rechtshandeling op het moment dat men die wil stellen.

¹³⁸ E. DE NOLF, E. EVERTS, "De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testeren?", *Not. Fisc. M.* 2014, 167.

¹³⁹ Art 905 BW.

¹⁴⁰ Art 905, 5^e lid BW.

¹⁴¹ Art 905 BW

¹⁴² N. GEELHAND DE MERXEM, "De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?", *TEP* 2014, 19.

Sinds de inwerkingtreding van de wet inzake bewind zal de notaris extra waakzaam moeten zijn wanneer een beschermd persoon wil schenken. Zeker wanneer die persoon hiertoe wel bekwaam werd geacht. De gezondheidstoestand van de beschermd kan sinds het oordeel van de vrederechter immers veranderd zijn. Het is ook van belang dat wanneer er geschonken wordt, de bewindvoerder over het vermogen hiervan op de hoogte wordt gebracht, want het is die bewindvoerder die moet instaan voor het beheer van het vermogen¹⁴³.

B. Testeren

Behalve de schenking is ook het testeren een hoogstpersoonlijke handeling die interessant kan zijn voor een met een mentale handicap geboren kind. Als de vrederechter het gehandicapte kind uitdrukkelijk onbekwaam verklaarde om te testeren¹⁴⁴, kan het gehandicapte kind net zoals bij de schenking terugvallen op de bijzondere vrederechterlijke machtiging¹⁴⁵. De wetgever stelt wel dat dit testament authentiek moet zijn en bijgevolg op die manier moet opgetekend worden. Door de verplichte notariële tussenkomst kan vermeden worden dat derden de beschermd persoon op negatieve wijze zouden beïnvloeden. Enkel in de gevallen waarin het wegens lichamelijke ongeschiktheid niet mogelijk is om te voldoen aan de vormvereisten, kan een internationaal testament opgesteld worden¹⁴⁶. Het is opmerkelijk dat voor het verlenen van deze machtiging er geen inhoudelijke controle gebeurt door de vrederechter¹⁴⁷. Het vermijden van de behoefte is hier niet aan de orde, gezien het feit dat een testament ten vroegste uitwerking krijgt na het overlijden van de testator.¹⁴⁸ Het gehandicapte kind kan zichzelf niet verarmen op die manier. Door de verplichting om het testament te laten opmaken voor de notaris kan er op toegezien worden dat er niemand misbruik maakt van het gehandicapte kind.

In tegenstelling tot de schenking, kan de bewindvoerder niet plaatsvervangend een testament opstellen. Wanneer het gehandicapte kind hiertoe niet wilsbekwaam wordt geacht, zal niemand die rechtshandeling in zijn plaats stellen.

¹⁴³ E. DE NOLF, E. EVERTS, "De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testeren?", *Not. Fisc. M.* 2014, 165.

¹⁴⁴ Art 492/1, §2, 15° BW.

¹⁴⁵ art 905, 2^e lid BW.

¹⁴⁶ N. GEELHAND DE MERXEM, "De beschermd personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?", *TEP* 2014, 52.

¹⁴⁷ E. DE NOLF, E. EVERTS, "De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testeren?", *Not. Fisc. M.* 2014, 170.

¹⁴⁸ C. DE WULF, "De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermd personen- de Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus", *T. Not.* 2013, 319-320.

De heer Swennen meent echter dat een bewindvoerder niet alleen plaatsvervangend moet kunnen schenken, maar ook plaatsvervangend moet kunnen testeren¹⁴⁹. De impact van een schenking is immers onmiddellijk merkbaar. Een plaatsvervangend testament zou in principe geen invloed hebben op de vermogenstoestand van de beschermde persoon¹⁵⁰.

8.3.4. Gehuwde ouders

In de meerderheid van de gevallen zullen de gehuwde ouders samen aangeduid worden als bewindvoerder.

Er zijn echter een aantal situaties denkbaar waarin dit niet mogelijk zal zijn, bijvoorbeeld gelet op de leeftijd van de ouders of omdat ze de taak van bewindvoerder te zwaar achten.

Indien slechts één van de ouders bewindvoerder is en die ouder komt te overlijden, zal de andere ouder te maken krijgen met inmenging van een derde.

Zoals reeds eerder uitgelegd is de situatie dat de langstlevende echtgenoot in onverdeeldeid komt met de kinderen zeer reëel, gelet op ons wettelijk erfrecht. In die gevallen is het dus mogelijk dat de langstlevende ouder zal moeten onderhandelen met een derde om de in onverdeeldeid gelegen goederen te beheren of om uit de onverdeeldeid te treden.

8.3.5. Nadelen van de gerechtelijke bescherming

Helaas is de rechterlijke bescherming een mes dat langs twee kanten snijdt.

Als het kind onbekwaam wordt geacht om de draagwijdte van (bepaalde van) zijn handelingen in te schatten, zal het kind niet rechtsgeldig afstand kunnen doen van de vordering tot inkorting in natura¹⁵¹.

Het beheren van het vermogen in het belang van het kind houdt in dat ten minste het bestaande vermogen behouden moet blijven en eventueel zelfs kan aangroeien. Door deze interpretatie van het begrip “in het belang van”, zal de bewindvoerder in naam van het kind in beginsel dus geen afstand kunnen doen van de vordering tot inkorting in natura, want op die manier doet de bewindvoerder afstand van een deel van het kapitaal waarop het gehandicapte kind recht had.

Deze interpretatie valt enigszins te betreuren, gezien het gehandicapte kind op lange termijn meer kan bekomen, door eerst afstand te doen van de vordering en die afstand dus eigenlijk toch in het belang van het kind zou zijn, als men naar het volledige plaatje zou kijken. Helaas moet er per rechtshandeling gekeken worden of die handeling in het belang van het gehandicapte kind is.

¹⁴⁹ N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, 53.

¹⁵⁰ E. DE NOLF, E. EVERTS, “ De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testeren?”, *Not. Fisc. M.* 2014, 170.

¹⁵¹ Indien hij voor deze handeling onbekwaam werd verklaard.

Het kan dus zijn dat als de ouders niet als bewindvoerder aangesteld zijn, maar een derde, deze de private regelingen van de ouders, in het belang van het gehandicapte kind, zal moeten aanvechten.

Verder mag de psychologische impact van dergelijke beschermingsmaatregelen niet onderschat worden. Het kan niet alleen zeer zwaar vallen voor het kind, maar ook voor de ouders¹⁵². Ouders kunnen hun kind niet grootbrengen zonder inmenging van een derde. Ze moeten minimaal de tussenkomst van de vrederechter dulden. Over die tussenkomst van de vrederechter wordt later nog verder ingegaan.

Deze psychologische impact heeft men zo minimaal mogelijk proberen houden door de vrederechter te verplichten het bewind op maat van de specifieke situatie van het gehandicapte kind te maken en om zo een maximale autonomie van het kind te stimuleren. Op die manier zou de regeling al iets dichter aanleunen tegen het private sociale netwerk dat de ouders mogelijks konden voorzien hebben. Het valt natuurlijk wel nog af te wachten hoe de vrederechters deze opdracht in concreto gaan invullen. De kans bestaat de vrederechters dit eerder gaan zien als een routineklus en er gelet op de werkdruk en de beschikbare middelen geen mogelijkheid zal zijn om de tijd te nemen om te bekijken wat de capaciteiten van het gehandicapte kind zijn.

Het kan echter niet de bedoeling zijn dat de vrederechters de statuten van het voorlopig bewind ambtshalve omzetten in een bewind, ook voor de persoon.

Anderzijds moet men er rekening mee houden dat de bewindvoering een zware psychologische impact kan hebben, maar het alternatief is dat het gehandicapte kind geen aandeel in de nalatenschap zou hebben¹⁵³. Ouders willen immers niet dat het gehandicapte kind hun zorgvuldig opgebouwde kapitaal door onverantwoorde uitgaven zou verspillen. Het geld moet zo goed mogelijk aangewend worden voor de verzorging en ondersteuning van het gehandicapte kind. Het zou in die gevallen beter zijn het voor het gehandicapte kind bedoelde aandeel in de nalatenschap toe te kennen aan een derde, die dan zal instaan voor de verzorging van het kind.

Voor het gehandicapte kind zal het zeer moeilijk te verkroppen zijn dat hij niets krijgt uit de nalatenschap van zijn ouders, mogelijks nog moeilijker dan dat iemand wordt aangesteld om zijn vermogen te vertegenwoordigen.

Naast het psychologische aspect moet men ook het kostenplaatje van dergelijke regeling in aanmerking nemen. De bewindvoerder kan een bezoldiging genieten en krijgt minimaal een vergoeding voor de gemaakte kosten in het kader van de bewindvoering. Al deze uitgaven gebeuren ten nadele van het budget dat voorzien was voor de zorgplanning. De uitgaven

¹⁵² SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 58

¹⁵³ J. BAEL, "De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 2004" in X. *Familiale vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 429.

voor de gerechtelijke bescherming zullen meestal hoger liggen dan de financiële stimulansen voor de begeleider die de ouders in een private regeling konden voorzien.

8.3.6. Besluit inzake de gerechtelijke bescherming

Hoewel uit de evaluatie van de vorige statuten bleek dat ouders geen grote voorstander waren van de macht die de vrederechter had, koos men er opnieuw bewust voor een centrale rol toe te kennen aan de vrederechter.

De wetgever heeft wel geluisterd naar die kritieken, maar meent dat vanuit de visie van de nieuwe wet inzake bewind, waarbij een maximale autonomie wordt nagestreefd, het soms belemmerend werkt als de ouders de touwtjes in handen zouden houden.

Ouders zullen altijd de neiging hebben om hun kinderen het hand boven het hoofd te houden en zo goed mogelijk willen beschermen, of ze nu in staat zijn om volledig zelfstandig hun belangen waar te nemen of te maken hebben met een mentale beperking.

Als een externe persoon, in dit geval de vrederechter, vanop een afstand controle houdt, zal in veel gevallen blijken dat het kind dikwijls tot meer in staat is dan de ouders zelf zouden kunnen vermoeden.

Naast de bewindvoerder en de vrederechter is er ook nog de vertrouwenspersoon.

Als de vrederechter een bewindvoerder aanstelt, en deze bewindvoering verder blijft controleren, kan men er zeker van zijn dat de belangen van het gehandicapte kind maximaal behartigd worden.

Indien de vrederechter vermoedt dat de voorgestelde bewindvoerder de belangen niet op gepaste wijze zal vertegenwoordigen, kan hij overgaan tot de aanstelling van een andere bewindvoerder¹⁵⁴.

Wanneer het gehandicapte kind een behoorlijk groot eigen vermogen opgebouwd heeft of in de toekomst zal opbouwen, onder andere door een nalatenschap, kan de rechtelijke bescherming een oplossing bieden voor het besturingsprobleem. De bewindvoerder zal het gehandicapte kind bijstaan of vertegenwoordigen bij het uitoefenen van het bestuur over dit vermogen.

Zoals reeds eerder vermeld kan men door het kind onder gerechtelijke bescherming te laten plaatsen, vermijden dat de door de ouders getroffen regelingen aangevochten worden door het kind. Anders dan bij de private regelingen is geen medewerking van het kind vereist opdat de regelingen uitgevoerd kunnen worden. De voorwaarde is hier wel dat die regelingen genomen zijn in het belang van het gehandicapte kind.

¹⁵⁴ Art 496/2 BW.

8.3.7. Tussenoplossing

Omdat er toch ook wel niet te onderschatten nadelen zijn aan de gerechtelijke bescherming¹⁵⁵, kunnen de ouders ook opteren voor een tussenoplossing.

Deze tussenoplossing kan gevonden worden door een deel van hun vermogen onder te brengen in een afzonderlijke juridische structuur.

Op de verschillende mogelijkheden wordt in het volgende onderdeel in gegaan.

Door de oprichting van een dergelijke figuur, kan men vermijden dat er een gerechtelijke beschermingsmaatregel wordt uitgesproken en dat er inmenging van een derde vereist is.

De ouders zullen proberen zelf aangewezen te worden als bewindvoerder over hun gehandicapte kind, wanneer gerechtelijke bescherming noodzakelijk wordt. Ze kunnen vervolgens bijvoorbeeld de door hun opgerichte private stichting aanduiden als hun opvolger¹⁵⁶.

Op die manier wordt de kans dat een derde aangesteld wordt als bewindvoerder bijna onmogelijk en zal de oorspronkelijke regeling van de ouders toch uitvoering kunnen vinden, zelfs als een gerechtelijke beschermingsmaatregel toch later noodzakelijk zou worden.

¹⁵⁵ Zie onder rubriek 8.3.

¹⁵⁶ Art 496/2 BW

9. Alternatieven voor de gerechtelijke bescherming

9.1. Inleiding

Zoals in het vorige deel werd uitgelegd, bestaat de nieuwe wet inzake bewind uit twee luiken, het buitengerechtelijke en het gerechtelijke. De mogelijkheden van de gerechtelijke bescherming werden reeds aangehaald doorheen de vorige delen van de masterproef. Op het luik van de buitengerechtelijke bescherming wordt later uitgebreider ingegaan.

Dit laatste luik biedt meestal geen meerwaarde voor ouders van gehandicapte kinderen, want de kinderen zijn normaal nooit wilsbekwaam geweest om een lastgevingsovereenkomst op te stellen en een lastgever aan de duiden. Het kan natuurlijk wel zijn dat de handelingsonbekwaamheid pas optreedt nadat het kind meerderjarig is geworden, maar in de meerderheid van de gevallen zal de mentale handicap aangeboren of ontstaan zijn tijdens de vroege kinderjaren

Het staat de ouders natuurlijk vrij om terug te vallen op andere mogelijkheden dan de aanstelling van een bewindvoerder, waar het luik van de gerechtelijke bescherming van de wet inzake bewind in voorziet. Ouders kunnen ook terugvallen op andere figuren, waar andere wetgeving in voorziet. Hierbij denken we onder andere aan de private stichting.

9.2. Private stichting

9.2.1. Inleiding

Een van de mogelijkheden voor ouders met een mentaal gehandicapt kind bij het plannen van hun vermogen is de oprichting van een private stichting.

Volgens de wet verenigingen en stichtingen van 2 mei 2002¹⁵⁷ is een private stichting “*een stichting die wordt opgericht door een rechtshandeling van een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen waarbij een vermogen wordt aangewend ter verwezenlijking van een bepaald belangeloos doel*”.¹⁵⁸

De terminologie van het belangeloos doel is misschien niet zo gelukkig gekozen, waarom zou iemand een private stichting oprichten wanneer hij daar geen enkel belang bij heeft? Er is altijd wel iemand die er een belang bij zal hebben.

De vereiste dat de stichter(s) geen rechtstreekse bevoordeling geniet¹⁵⁹, is wel enigszins afgezwakt. Een derde kan er wel een voordeel uithalen. Familieleden van de stichter kunnen wel directe bevoordeling halen uit de private stichting¹⁶⁰.

Uit de parlementaire voorbereidingen van de wet van 2 mei 2002 blijkt uitdrukkelijk dat een van de redenen waarvoor de private stichting bedoeld is, het plannen van het vermogen voor ouders met een mentaal gehandicapt kind is¹⁶¹, ondanks het feit dat men er een voordeel aan doet. Op die manier hebben de ouders immers de zekerheid dat er in de toekomst voor hun gehandicapte kind zal gezorgd¹⁶².

Wanneer een gehandicapt kind een (deel van het) vermogen van zijn ouders erft, rijst de vraag wat het kind juridisch en feitelijk met die erfenis kan doen. Hoe kunnen ouders zich de zekerheid verschaffen dat de erfenis niet verloren gaat, hetzij door misbruik van een beheerder, hetzij door wanbestuur van het gehandicapte kind zelf?

Om hieraan tegemoet te komen is een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de private stichting als beschermingsmaatregel¹⁶³. Dit wetsvoorstel wordt later in deze masterproef behandeld.

¹⁵⁷ Wet 2 mei 2002 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en stichtingen, *BS* 11 december 2002 (hierna de V&S- wet).

¹⁵⁸ Art 27, 1^e lid V&S- wet.

¹⁵⁹ A. HAELTERMAN en R. NEYT, “ De familiale stichting als instrument voor vermogensplanning(?)” in F. BUYSENS en A. VERBEKE (eds), *Notariële actualiteit 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 53.

¹⁶⁰ L. WEYTS, “ De private stichting: een nieuwe uitdaging voor het notariaat”, *T. Not* 2004, afl 2, 83.

¹⁶¹ Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen en het Gerechtelijk wetboek wat het erfdeel van een gehandicapt kind betreft, *Parl. St. Kamer* 2009-2010, nr 52K2600/001, MvT *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr 1854/1, 24.

¹⁶² A. VAN DEN BOSSCHE en D. COVELIERS, “ De Belgische private stichting herbekeken” in X., *Patrimonium*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 302.

¹⁶³ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54K252/001, 8.

9.2.2. Doel en werking van de private stichting

De private stichting komt tegemoet aan het bestuursprobleem dat kan ontstaan bij de vermogensplanning van ouders met een mentaal gehandicapt kind.

De ouders brengen een deel van hun vermogen in de stichting. Dit vermogen wordt specifiek aangewend ter behartiging van de belangen van het gehandicapte kind.

De ouders kiezen zelf wie hun private stichting na hun overlijden verder zal besturen. Vaak zullen dit personen zijn die al een band hebben met het kind.

Door de oprichting van een private stichting kunnen ouders vermijden dat hun kind onder een rechterlijke beschermingsmaatregel wordt geplaatst.

Mocht het kind toch al onder de beschermingsregeling vallen, kan de oprichting van de private stichting vermijden dat er een onverdeeldheid ontstaat op het moment dat de ouders komen te overlijden. Om uit die onverdeeldheid te kunnen treden zou de goedkeuring van de vrederechter immers vereist zijn.

Dit kan voorkomen worden door de wettelijke reserve van het kind in te brengen in de private stichting en bij testament te bepalen dat het kind is uitgesloten van een bepaald erfdeel, zoals bijvoorbeeld de gezinswoning. Door deze testamentaire uitsluiting zullen de andere kinderen van de ouders de gezinswoning kunnen verkopen, zonder dat hiervoor toestemming vereist is van de vrederechter, gezien er geen onverdeeldheid bestaat met het gehandicapte kind¹⁶⁴.

Omwille van het feit dat de private stichting een eigen rechtspersoonlijkheid heeft, behoren het vermogen en de goederen van de stichting niet toe aan het kind zelf, maar blijven ze in de stichting zitten. Er verandert ook niets, behalve mogelijks een overgang van bestuurders, wanneer de ouders komen te overlijden.

Een groot voordeel van dit aparte vermogen is dat het kind niet afhankelijk is van de zorgkwaliteiten van eventuele broers of zussen. De ouders beslissen hoe het vermogen moet aangewend worden en wie dit mag doen.

Bovendien is de stichting een tijdelijke structuur, waarbij heel veel kan geregeld worden in de statuten. Zo kan men onder meer bepalen wat er moet gebeuren met het vermogen van de stichting indien het kind overlijdt.

Aandacht dient gevestigd te worden op art 147 en 148 W. Succ waarbij voorzien wordt in een taks tot vergoeding van de erfbelastingen van 0.17% op de bezittingen van de private stichting. (met uitzondering van de goederen bedoeld in art 150 W. Succ.). Een vrijstelling tot 25 000 euro is voorzien in art 148 bis W. Succ.

¹⁶⁴ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St.* Kamer 2014-15, nr. 54K252/001, 4.

9.2.3. Oprichting van de private stichting

Een private stichting moet opgericht worden bij authentieke akte en dit op straffe van nietigheid.

De stichting krijgt rechtspersoonlijkheid vanaf de neerlegging van notariële akte ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg waar de stichting haar zetel heeft¹⁶⁵.

Er is geen vereiste dat de oprichter van de private stichting een natuurlijke persoon is, een vennootschap kan dus ook een stichting oprichten voor zover dit is toegelaten door de statuten van die vennootschap¹⁶⁶.

9.2.4. Bestuur van de private stichting

De private stichting wordt bestuurd door een raad van bestuur, die uit minstens drie bestuurders moet bestaan. In de statuten kan men evenwel voorzien in een hoger maximum. Om de besluitvorming op een efficiënte wijze te laten gebeuren, bepaalt men best dat het aantal bestuurders oneven moet zijn.

De bestuurders moeten geen natuurlijke personen zijn. Een bestuurder kan evengoed een rechtspersoon zijn, natuurlijk moet dit wel toegelaten zijn volgens het statutair doel van die rechtspersoon.

Om de continuïteit van de familiale vermogensplanning zo goed mogelijk te kunnen garanderen, legt men best in de statuten nauwkeurig vast hoe het bestuur moet besluiten, hoe de bestuurders worden benoemd, ...

Opdat de private stichting rechtspersoonlijkheid zou kunnen krijgen, is het noodzakelijk dat er bestuurders worden benoemd bij de oprichting van de stichting. Hoe deze later worden benoemd of ontslagen, wordt vrij bepaald in de statuten¹⁶⁷.

In beginsel zijn de bestuursmandaten ad nutum herroepbaar, maar gelet op het doel van de private stichting, namelijk de continuïteit garanderen, lijkt het meer aangewezen om de onafzetbaarheid van de bestuurders op te nemen in de statuten.

Er is discussie in de rechtsleer over het feit of de bestuurders een bezoldiging mogen krijgen voor het besturen van de private stichting. Er is geen discussie over het feit dat de bestuurders wel mogen vergoed worden voor de kosten die ze hebben gemaakt.

Niclaïse en Banmeyer menen dat het bestuur niet vergoed mag worden, omwille van het feit dat het aan een stichting verboden is om stoffelijke voordelen te verschaffen aan de bestuurders¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Art 31§1 V&S- wet.

¹⁶⁶ L. WEYTS, " De private stichting: een nieuwe uitdaging voor het notariaat", *T. Not* 2004, afl 2, 80.

¹⁶⁷ R. VAN BOVEN, " De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbeminde", *TEP* 2014, 128.

¹⁶⁸ P. NICAISE, I. BANMEYER, " Les fondations" in Centre d'études Jean Renauld, *Le nouveau droit des ASBL et des fondations. La loi du 2 mai 2002*, Brussel, Bruylant, 2002, 242.

Van Gerven is van mening dat de kosteloosheid van het bestuursmandaat, zoals dat bepaald is voor verenigingen zonder winstoogmerk, hier niet vereist is. Bij een VZW gaat het over een lastgeving, terwijl het bij een stichting een huur van diensten betreft. Maar is dit wel voldoende? Moet er niet gekeken worden naar de aard van de stichting? Wanneer de stichting is opgericht om te voorzien in de verzorging van het gehandicapte kind, dan is het mandaat van de familiale bestuurder eerder te beschouwen als een lastgeving dan als een verhuring van diensten¹⁶⁹.

Anderen daarentegen, zoals Vananroye¹⁷⁰ en Lavrysen¹⁷¹, menen dat de bestuurders wel een vergoeding mogen ontvangen voor hun bestuur, maar de vergoeding moet wel in verhouding staan tot de verrichte prestaties. Er geldt enkel een verbod tot uitkering met betrekking tot de gelden die bestuurders krijgen, zonder enige tegenprestatie¹⁷².

Gelet op de onverdeelbaarheid die heerst in de rechtsleer is nauwkeurigheid bij het opstellen van de statuten een absolute must. Voor de volledigheid bepaalt men best ook nog uitdrukkelijk dat men ook voor de gemaakte kosten vergoed mag worden.

Indien vaststaat dat er buitensporige vergoedingen zijn betaald, is dit in strijd met het uitkeringsverbod en het belangeloze doel dat de stichting moet hebben. Er zijn verschillende sancties mogelijk. Zo kan de ontbinding van de stichting gevorderd worden door de stichter, het Openbaar Ministerie, bestuurders of een van de rechthebbenden. Natuurlijk kan de rechter zich ook beperken tot de nietigverklaring van de rechtshandeling die in strijd zijn met het belangeloze karakter van de stichting.

Op verzoek van iedere belanghebbende kan de rechtbank van eerste aanleg de afzetting uitspreken van een bestuurder die zijn verplichtingen niet nakomt¹⁷³.

De bestuurders moeten alle rechtshandelingen stellen die nodig zijn ter verwezenlijking van het doel van de private stichting. De statuten kunnen de wettelijk toegelaten rechtshandelingen beperken. De bestuurders overleggen collegiaal en beslissen bij meerderheid van aanwezigheid en bij meerderheid van uitgebrachte stemmen.

Cruciaal bij de collegiale besluitvorming is dat er gezamenlijk overleg heeft plaatsgevonden tussen de bestuurders. Om te kunnen spreken van overleg moeten minstens twee bestuurders aanwezig geweest zijn op de zitting.

¹⁶⁹ A. VAN DEN BOSSCHE en D. COVELIERS, "De Belgische private stichting herbekeken" in X., *Patrimonium*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 308.

¹⁷⁰ J. VANANROYE, "De private stichting naar komend recht" in Jan Ronse Instituut, *Nieuw vennootschaps- en financieel recht* 1999, Kalmthout, Biblo 2000, 189.

¹⁷¹ P. LAVRYSEN, "De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor?", *T.B.H* 2002, 676.

¹⁷² R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, 130.

¹⁷³ J. VANANROYE, "De private stichting naar komend recht" in Jan Ronse Instituut, *Nieuw vennootschaps- en financieel recht* 1999, Kalmthout, Biblo 2000, 187.

9.2.5. Ontbinding van de stichting

Men kan slechts overgaan tot ontbinding van de stichting in volgende gevallen;

- wanneer de doeleinden van de stichting zijn verwezenlijkt
- wanneer de stichting niet langer in staat is de doeleinden te verwezenlijken waarvoor zij is opgericht
- wanneer de stichting haar vermogen of inkomsten uit dat vermogen voor een ander doel aanwendt, dan waarvoor de stichting is opgericht
- wanneer de stichting in kennelijk in strijd handelt met haar statuten, de wet of de openbare orde
- wanneer de stichting gedurende drie opeenvolgende boekjaren geen jaarrekening heeft neergelegd, zoals is opgelegd in de wet
- wanneer de termijn waarvoor de stichting is opgericht, is verstreken¹⁷⁴

In het kader van deze masterproef is het echter interessanter specifiek naar de situatie te kijken waar de private stichting werd opgericht voor het welzijn van een gehandicapt kind.

In die situatie kan de stichting niet ontbonden worden omwille van de bekwaamheid van het gehandicapte kind om het geërfde vermogen te beheren.

De enige die de ontbinding van de stichting kan vragen is het gehandicapte kind zelf om het ingebrachte vermogen zelf te beheren, mits toelating van de vrederechter¹⁷⁵.

Men wil de beoordeling volledig aan de vrederechter overlaten. Dit is niet verwonderlijk, gelet op de centrale rol die de vrederechter heeft bij de beoordeling van de rechterlijke beschermingsmaatregel. Volgens de wetgever is de vrederechter dan ook ideaal geplaatst om te beoordelen of bepaalde rechtshandelingen in het belang van het kind gesteld zijn.

9.2.6. De belangrijkste kenmerken van de Belgische private stichting

Als belangrijkste kenmerken noteren we;

- De private stichting heeft rechtspersoonlijkheid
- Ze moet een belangeloos doel nastreven dat kan bestaan in de verzorging van een gehandicapt kind
- Ze mag geen voordeel verschaffen aan de oprichters, bestuurders of enige andere persoon
- Er zijn geen leden of vennoten
- De oprichting gebeurt op straffe van nietigheid bij notariële akte
- De Belgische private stichting heeft minstens drie bestuurders
- Binnen de perken van het beschikbaar deel.

¹⁷⁴ Art 39 W. Venn.

¹⁷⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St.* Kamer 2014-15, nr. 54K252/001, 8.

9.2.7. Pijnpunten van de huidige wetgeving inzake private stichting

Een eerste probleem waar de ouders bij de vermogensplanning rekening mee moeten houden is het erfrechtelijk probleem.

De kinderen zijn wettelijke erfgenamen van de ouders en hebben bijgevolg recht op een wettelijke reserve.

De goederen en of gelden die de ouders inbrengen in de stichting, behoren tot de nalatenschap van de ouders¹⁷⁶.

Ondanks het feit dat de private stichting dient om in te staan voor het welzijn van het gehandicapte kind en de ingebrachte goederen dus uitsluitend hiertoe werden aangewend, zou het kind op het moment dat zijn ouders overlijden, zelf of eventueel via zijn bewindvoerder, zijn reservatair deel in natura van de erfenis kunnen opeisen indien de ouders meer hebben ingebracht dan het beschikbaar deel.

Een tweede probleem is dat de private stichting moet opgericht worden bij notariële akte. Wanneer men roerende goederen wil inbrengen, moeten hier schenkingsrechten op betaald worden. Deze bedragen momenteel in het Vlaams Gewest 5,5%. Bij de schenking van waardevolle goederen, loopt dit al snel hoog op, waardoor de meeste mensen er van afzien de schenkingsrechten te betalen.

Men kan onbelast roerende goederen schenken, door middel van een bankgift, op voorwaarde dat de schenker nog minimum drie jaar na de schenking leeft.

Indien de schenker voor dit tijdstip komt te overlijden, zullen op de schenking alsnog erfbelastingen moeten betaald worden door de stichting¹⁷⁷.

Ten derde houdt de oprichting van een stichting in dat de identiteitsgegevens van het gehandicapte kind worden bekend gemaakt in het Belgisch staatsblad. Deze bekendmaking kan een serieuze impact hebben op het privé- leven van het kind en/ of zijn omgeving.

Ten vierde stelt zich het probleem dat de private stichting niet ten allen tijde kan ontbonden worden. Ontbinding van de private stichting is slechts mogelijk in de bij wet bepaalde gevallen, die hierboven staan opgesomd.

Ten slotte kan men zich de vraag stellen of de private stichting niet in nog meer gevallen een oplossing kan bieden. De wet van 17 maart 2013 voorziet naast de gerechtelijke bescherming ook een luik buitengerechtelijke bescherming. De private stichting kan ook een oplossing bieden voor personen die hun eigen situatie regelen voor het moment dat zij niet langer wilsbekwaam zijn. Dit voorstel wordt dan ook grondiger uitgewerkt in het luik van de buitengerechtelijke bescherming¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Art 922 BW.

¹⁷⁷ Art. 9 decreet van 19 december 2014 tot wijziging van de Vlaamse codex van Fiscaliteit van 13 december 2013, bl 7742, BS 29 januari 2015.

¹⁷⁸ Zie onder rubriek 10.3.

9.2.8. Wetsvoorstel van 15 september 2014

Zoals hierboven reeds werd aangehaald, bevat de huidige wetgeving inzake stichtingen nog een aantal pijnpunten. Om aan enkele van deze pijnpunten tegemoet te komen, werd door de heer Raf Terwingen, mevrouw Sonja Becq en de heer Servais Verstraeten op 15 september 2014 een wetsvoorstel ingediend. Dit voorstel is nog steeds hangend.

A. Erfproblematiek

Het wetsvoorstel wil voornamelijk een oplossing bieden voor het erfrechtelijke probleem dat ouders ervaren met de private stichting volgens de huidige wetgeving.

Men moet goed voor ogen houden dat de stichting wordt opgericht met het specifieke doel in het vermogensrechtelijk belang van het kind te voorzien.

Om de erfproblemen te voorkomen, werd uitdrukkelijk in het wetsvoorstel bepaald dat niet geraakt werd aan de regel van het erfrecht en dat het gehandicapte kind dus niet, buiten zijn voorschot op erfdeel, nog eens extra zijn wettelijke reserve in natura kan vragen.

“Luidens voornoemde bepalingen zijn de uiteindelijke begunstigden indien de cliënt een rechtspersoon is, met uitzondering van een vennootschap, zoals een stichting: zij die reeds als toekomstige begunstigden werden aangewezen, de natuurlijke persoon of personen die de begunstigden zijn van 25 % of meer van het vermogen van de rechtspersoon. In die optiek wordt niet geraakt aan de regels inzake erfrecht nu het gehandicapte kind geacht wordt de begunstigde te zijn.”¹⁷⁹

De oprichting van de stichting mag voor ouders evenwel geen vrijgeleide zijn om te beslissen dat hun kinderen niet in staat zijn zelf hun erfenis te beheren en erover te beschikken zoals zij dat willen.

Bij de oprichting van de stichting moet de rode draad van het VN- verdrag van 13 december 2006 goed voor ogen gehouden worden. Zoals reeds aangehaald mag men de vrijheid van het kind maar beperken in zoverre dit noodzakelijk is en niet verder gaat dan nodig. Er moet een maximale autonomie voor het gehandicapte kind nagestreeft worden.

Bij het opstellen van het wetsvoorstel hield men deze visie in het achterhoofd, zoals duidelijk blijkt uit de tekst van het voorstel: *“Enkel een persoon die wegens zijn gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk niet in staat is om zijn goederen te beheren, kan onder bescherming worden geplaatst. De private stichting ontnemt het gehandicapte kind om zelf en zelfstandig te beschikken over zijn (reservatair) erfdeel.”¹⁸⁰*

Om te vermijden dat het gehandicapte kind later de inkorting in natura zou vragen van de

¹⁷⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54 252/001,6.

¹⁸⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54 252/001, 6.

erfenis, wegens overschrijding van het beschikbaar deel, streeft men er in dit wetsvoorstel naar om de ingebrachte goederen te certificeren, naar het Nederlandse voorbeeld. De ingebrachte goederen van de ouders behoren niet langer tot de nalatenschap van de ouders, maar wel de certificaten die ze hiervoor in ruil kregen. Het gehandicapte kind zal dan de certificaten erven bij overlijden van zijn ouders¹⁸¹. Door dit certificaat wordt ook uitdrukkelijk bepaald dat het gehandicapte kind een economische begunstigde is.

B. Misbruik van de bestuurders

Vervolgens wil het wetsvoorstel tegemoet komen aan de vrees dat de bestuurders misbruik zouden kunnen maken van hun positie om extra inkomsten te verwerven¹⁸². Er kan in de statuten voorzien worden dat eens het doel van de stichting is verwezenlijkt, de rechthebbenden van de stichter de resterende goederen of hun tegenwaarde uit de stichting kunnen nemen.¹⁸³

Met deze mogelijkheid in het achterhoofd, zouden de bestuurders van de stichting zich eerder kunnen focussen op een vermogensvermeerdering in plaats van op het welzijn van het kind, waarbij de bestuurders heel wat geld verloren kunnen zien gaan. Voor bestuurders met minder goede bedoelingen is het namelijk de bedoeling dat de doelstellingen van de private stichting zo snel en goedkoop mogelijk verwezenlijkt worden, en dit mogelijks ten nadelen van het welzijn van het gehandicapte kind.

Om dit misbruik van de bestuurders te voorkomen voorziet het wetsvoorstel in de jaarlijkse verplichting voor de bestuurders van de stichting om een verslag te bezorgen aan de vrederechter en eventueel ook aan het kind. De vrederechter kan echter deze verplichting ten aanzien van laatst genoemde weglaten, als het kind niet in staat is er kennis van te nemen.

Deze jaarlijkse verslaggevingsplicht kan emotioneel zeer zwaar vallen. Om hier gedeeltelijk aan tegemoet te komen, voorzag de wetgever ook onmiddellijk in een uitzondering voor de ouders. De bestuurders moeten pas jaarlijks een verslag indienen over de werking van de stichting als de langstlevende ouder komt te overlijden of wanneer de enige ouder- stichter goederen of gelden heeft ingebracht in de stichting¹⁸⁴.

Om de autonomie en de betrokkenheid van het kind zoveel mogelijk te waarborgen moet melding gemaakt worden in het verslag op welke manier het kind werd betrokken bij het beheer van de goederen en hoe men de middelen heeft aangewend ter behartiging van het welzijn van het kind.

¹⁸¹ Zie verder: administratiekantoor

¹⁸² Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54 252/001, 8.

¹⁸³ Art 28, 6° V&S- wet.

¹⁸⁴ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54 252/001, 14.

Als het kind meent dat hij in staat is zelf zijn vermogen te beheren, kan hij hiertoe machtiging aan de vrederechter vragen om te stichting te ontbinden. Het wetsvoorstel bepaalt hieromtrent het volgende: *“Daarenboven bieden wij het gehandicapte kind te allen tijde de mogelijkheid de vrederechter een machtiging te vragen teneinde een verzoek tot ontbinding van de stichting in te stellen of een wijziging van de statuten te verkrijgen. De vrederechter oordeelt over de wilsbekwaamheid van het kind. Hij verleent de machtiging ingeval blijkt dat de werking van de private stichting, gelet op de geëvolueerde gezondheidstoestand van het kind, niet meer beantwoordt aan de doeleinden waarvoor zij is opgericht en aldus zijn rechten toegekend door het VN Verdrag van 13 december 2006 schendt¹⁸⁵.”*

De vrederechter moet het verslag goedkeuren en kan hierbij suggesties doen opdat de stichting nog beter kan aangewend worden om het welzijn van het kind te dienen. De vrederechter kan ook weigeren om het verslag goed te keuren en moet dit dan ook omstandig motiveren.

Na de weigering van de vrederechter kan het Openbaar Ministerie volgende stappen ondernemen:

- Vragen om een statutenwijziging door te voeren¹⁸⁶. Want indien de bestaande statuten blijven verder bestaan, zou dit gevolgen hebben, die de stichter niet zou gewild hebben. Het openbaar ministerie kan dit enkel vorderen indien de personen die bevoegd zijn om de statuten te wijzigen dit niet zelf doen.
- De ontbinding van de stichting vragen op grond van de redenen die limitatief zijn opgesomd in art 39 van de V&S- wet.
- Vorderen om de bestuurders af te zetten wegens kennelijke nalatigheid¹⁸⁷

C. Bescherming van het privé- leven

Toen men het nieuwe wetsvoorstel in verband met de stichting schreef was men zich reeds bewust van de grote impact die het bekendmaken van de identiteitsgegevens kon hebben¹⁸⁸. Daarom werd voorzien in het wetsvoorstel dat, indien de ouders de machtiging hebben van de vrederechter om te mogen certificeren, zij niet langer verplicht zijn om de identiteit van het gehandicapte kind bekend te maken in het Belgisch Staatsblad.

Deze mogelijkheid zou een oplossing moeten bieden voor het derde aangehaalde probleem inzake private stichtingen¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer 2014-15, nr. 54 252/001, 10.*

¹⁸⁶ op grond van art 30§3 van de wet van 27 juni 1921.

¹⁸⁷ Art 43 van de wet van 27 juni 1921.

¹⁸⁸ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer 2014-15, nr. 54 252/001, 10.*

Bij de bescherming van het privé-leven moet niet enkel het privé-leven van het gehandicapte kind voor ogen gehouden worden. Er wordt immers ook publiciteit gegeven aan de identiteit van de stichters.

Het voorbeeld bij uitstek van de impact van de publiciteit over de identiteitsgegevens van de stichter is de stichting van voormalig Koningin Fabiola.

De stichting 'Fons Pereos' kon op heel wat mediabelangstelling rekenen. Een van de redenen waarom ze de private stichting zou opgericht hebben, was het ontlopen van de hoge erfbelastingen. Koningin Fabiola bouwde tijdens haar leven een groot vermogen uit, mede bestaande uit haar dotaties. Het feit dat ze die dotaties zoveel mogelijk belastingvrij wou laten vererven, lokte bij heel wat mensen nogal wat kritiek los¹⁹⁰.

In deze masterproef ga ik me niet uitspreken over de geoorloofdheid van dergelijke praktijken en over de al dan niet toepasselijkheid van de antimisbruikbepalingen terzake.

Feit is wel dat men zich de vraag kan stellen in welke mate de bevolking op de hoogte moest zijn van de oprichting van deze private stichting.

Uiteindelijk is de voormalige koningin gezwicht onder de sociale druk en heeft de private stichting laten ontbinden.

Er was weliswaar in de statuten van Fons Pereos bepaald dat in geval van ontbinding van de stichting, de gelden zouden overgaan naar een andere private stichting die ze had opgericht en naar haar stichting van openbaar nut, 'Fondation Astrida'¹⁹¹, waardoor uiteindelijk een gelijkaardige besparing inzake erfbelastingen kon gerealiseerd worden.

Over de evenwichtsoefening tussen de rechtszekerheid en de privacy-bescherming wordt later ingegaan.

9.2.9. De private stichting als bewindvoerder

Hoewel de private stichting op het eerste zicht kan beschouwd worden als een alternatief voor de bewindvoering, is er in de wet van 17 maart 2013 toch voorzien dat ook een private stichting kan aangesteld worden als bewindvoerder.

Deze mogelijkheid biedt heel wat extra mogelijkheden. Wanneer een rechterlijke bescherming zich opdringt, zullen de ouders bij voorkeur aangesteld worden als bewindvoerders. In de mate van het mogelijke zullen zij die opdracht inderdaad op zich nemen.

De ouders kunnen dan vervolgens de door hen opgerichte private stichting aanstellen als opvolger. De huidige familiale bewindvoerder kan ten overstaan van de vrederechter een

¹⁸⁹ Zie onder rubriek 9.2.6

¹⁹⁰ http://www.hetgrotegeld.be/index.php/het_grote_geld/detail/1440 (consultatie 8 maart 2015).

¹⁹¹ http://www.meritius.be/newsletters/news_december2013.pdf (consultatie 8 maart 2015).

verklaring van voorkeur omtrent zijn opvolger afleggen¹⁹², zoals eerder werd aangehaald. Van deze verklaring van voorkeur wordt een akte opgesteld, deze akte wordt dan opgenomen in het administratief dossier betreffende de bewindvoering over het gehandicapte kind¹⁹³. Wanneer de vrederechter wordt verzocht een nieuwe bewindvoerder aan te stellen, moet hij eerst nagaan of er geen dergelijke verklaring van voorkeur beschikbaar is¹⁹⁴.

Op die manier zijn de ouders vrij zeker dat hun waarden in verband met de toekomst van het gehandicapte kind worden nageleefd. Door alles nauwkeurig op te nemen in de statuten kunnen ouders in belangrijke mate gerust gesteld worden over de verzorging van hun kind. Daarnaast biedt de private stichting de mogelijkheid om de zorgen voor het kind te verdelen over het aantal beschikbare bestuurders. In tegenstelling tot “de klassieke bewindvoerder” is men bij de private stichting als bewindvoerder niet beperkt tot slechts één bewindvoerder over de persoon. Voor de bewindvoering over de goederen is reeds voorzien in de mogelijkheid om meerdere bewindvoerders, maar via de private stichting kan hetzelfde resultaat bereikt.

9.2.10. De private stichting als buitengerechtelijke bescherming

Nadat er relatief wat private stichtingen in het leven werden geroepen, zag de wetgever in dat dit ook zeer praktisch kon zijn in het licht van de buitengerechtelijke bescherming.

Met het oog op de subsidiariteit van de gerechtelijke bescherming, was het duidelijk dat door de oprichting van de private stichting, voor het geval men zelf niet langer in staat is zijn goederen te beheren, een gerechtelijke beschermingsmaatregel kan worden vermeden. Dit wordt verder behandeld onder het punt van de buitengerechtelijke bescherming.

9.2.11. Besluit

De private stichting kan op alle vlak de problemen oplossen waar ouders mee te maken kunnen krijgen bij het plannen van hun nalatenschap wanneer een van hun kinderen een mentale handicap heeft.

Helaas zijn voor de goede werking van de private stichting heel wat middelen nodig en beschikt men best over een goed bestuur. Men was zich bewust van het feit dat de private stichting inderdaad een zeer goede oplossing kan zijn, maar voor een eerder beperkt publiek¹⁹⁵. Om hieraan tegemoet te komen is ook voorzien in de mogelijkheid om een

¹⁹² Art 496/1, §1, 1^e lid BW

¹⁹³ 496/1, §1, 1^e lid BW.

¹⁹⁴ Art 496, §1, 3^e lid BW.

¹⁹⁵ A. VAN GEEL, C. DECLERCK, “ Actuele planningstechnieken in vraag gesteld”, *Not. Fisc. M.* 2011, 195.

nominatief fonds op te richten binnen een stichting van openbaar nut. Deze materie wordt later in deze masterproef nog behandeld¹⁹⁶.

9.3. Het administratiekantoor

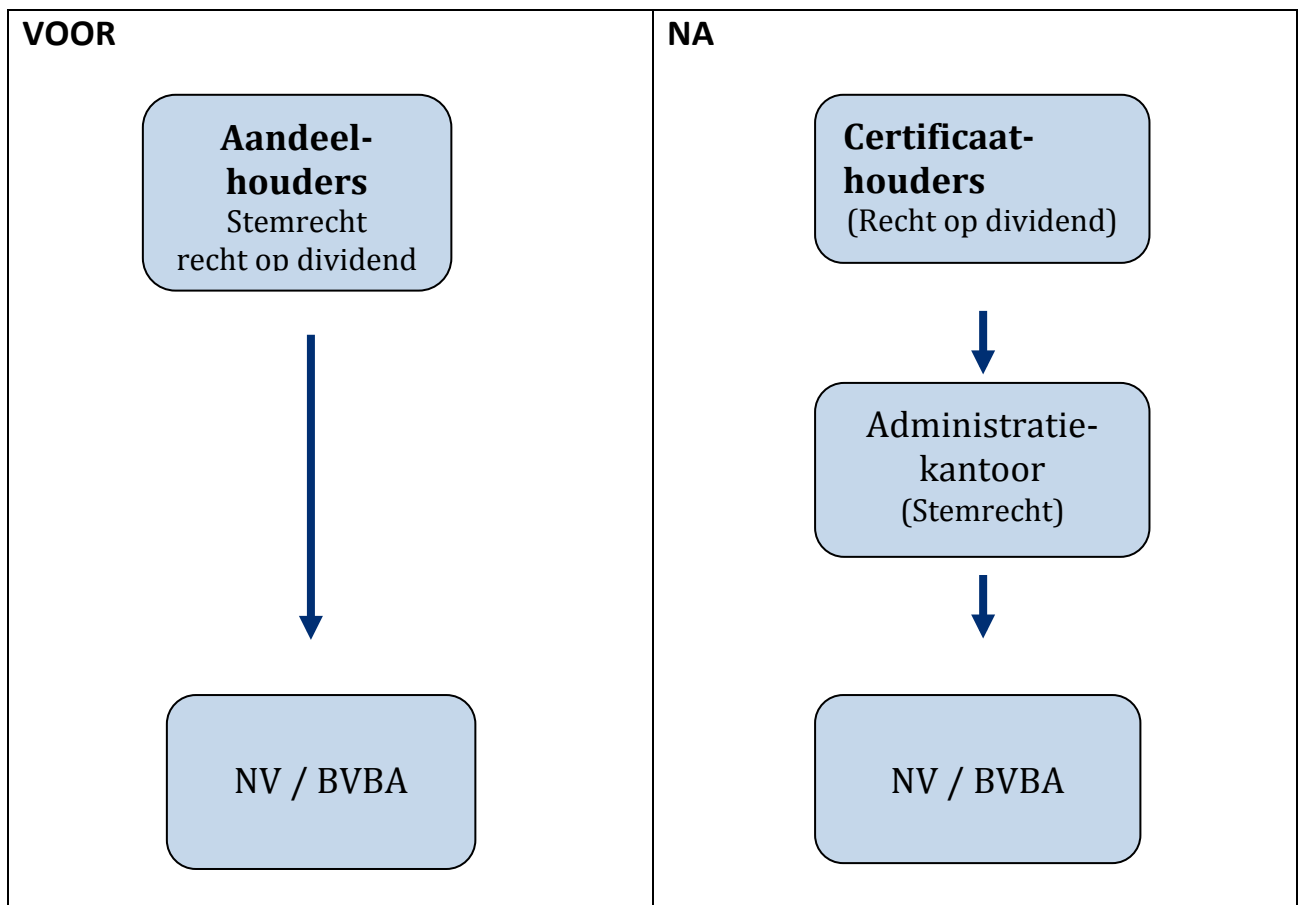
9.3.1. Inleiding

Een andere mogelijkheid voor de ouders met een mentaal gehandicapt kind om tegemoet te komen aan zowel het bestuur- als het zorgprobleem is beroep te doen op een administratiekantoor.

Let wel deze structuur biedt enkel een oplossing in het kader van familiale ondernemingen.

Het administratiekantoor is een rechtsfiguur die aandelen of andere mogelijke stemrechtverlenende effecten beheert voor rekening van de certificaathouders. In ruil voor het afstaan van hun stemrechten krijgen de oorspronkelijke aandeelhouders certificaten die recht geven op de uitbetaling van de dividenden en eventueel andere mogelijke uitkeringen.

Schematisch:



¹⁹⁶ Zie rubriek 10.3.2

Er is een splitsing van de economische en de juridische eigendom, waarbij het stemrecht toekomt aan het administratiekantoor terwijl de certificaathouders de vermogensrechten behouden¹⁹⁷.

In beginsel is er in de wet geen specifieke rechtsvorm voorop gesteld voor het administratiekantoor. De enige wettelijke vereiste is dat het vehikel rechtspersoonlijkheid moet hebben. De meest geschikte rechtspersoon voor het administratiekantoor is de private stichting, gezien zij geen aandeelhouders, vennoten of leden kent¹⁹⁸.

Het bestuur over de gecertificeerde effecten wordt gecentraliseerd bij de raad van bestuur.

In de voorbereidende werken was er uitdrukkelijk voorzien dat de private stichting mocht aangewend worden om een administratiekantoor op te richten, dit dient immers om het '*familiaal karakter van een onderneming te handhaven*'¹⁹⁹. Het begrip 'belangeloos doel' dekt een zeer grote lading.

9.3.2. Certificering van aandelen

Als men vreest dat de aandelen door latere erfopvolging verspreid zullen worden en men wil vermijden dat al deze aandeelhouders inspraak zouden krijgen in het bestuur, kan men beroep doen op de rechtsfiguur van het administratiekantoor.

De certificering van aandelen kan zeker ook handig zijn wanneer een van de kinderen een mentale handicap heeft. De ouders kunnen die gecertificeerde effecten dan als voorschot op het erfdeel schenken of legateren aan het gehandicapte kind. Op die manier kan bepaald worden waaruit het erfdeel van het gehandicapte kind bestaat en kunnen onnodige onverdeeldheden vermeden worden²⁰⁰.

Door middel van de oprichting van een administratiekantoor kan men een opsplitsing creëren tussen de economische en de juridische eigendom van aandelen. Dit gebeurt door middel van de certificering van aandelen²⁰¹.

Zoals blijkt uit het schema hierboven is er bij de certificering van effecten een scheiding tussen de vermogensrechten van een aandeel en de stemrechten die bij dat aandeel horen. De stemrechten komen toe aan het administratiekantoor. In ruil voor die stemrechten krijgen de oorspronkelijke eigenaars certificaten. Deze certificaten vertegenwoordigen de economische waarde van de aandelen.

¹⁹⁷ R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, 109.

¹⁹⁸ S. VAN BREEDAM, "De Belgische private stichting. Een evenwaardig Belgisch alternatief voor de Nederlandse stichting- administratiekantoor?", *TFR* 2002, afl 232, 1111-1113.

¹⁹⁹ Amendement nr 243 van de regering, *Parl. St. Senaat* 2000-2001, nr 2-283/13, 46.

²⁰⁰ J. BAEL, "De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 2004" in X. *Familiale vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 445.

²⁰¹ Wet van 15 juli 1998 betreffende de certificering van effecten, *BS* 5 september 1998. (hierna certificatiwet)

Het administratiekantoor wordt juridisch gezien als de eigenaar van de aandelen en oefent de stemrechten uit.

De certificaathouder blijft de economische eigenaar van de aandelen.²⁰²

Deze opsplitsing in eigendom heeft ook als voordeel dat er een stabiel bestuur kan gegarandeerd worden.

Als er een dividend wordt uitgekeerd, gaat dit geld wel naar het administratiekantoor, maar het geld moet onmiddellijk door te storten aan de certificaathouders. Een extra stimulans om de dividenden onmiddellijk uit te keren aan de certificaathouders is dat als er onmiddellijk wordt doorgestort, er geen belasting geheven wordt in hoofde van het administratiekantoor, maar rechtstreeks in hoofde van de certificaathouders. Het administratiekantoor is fiscaal transparant als de certificering is gebeurd overeenkomstig de artikelen 242 en 503 W. Venn. Op die fiscale transparantie wordt later nog ingegaan.

Men had bij het opstellen van het wetsvoorstel tot wijziging wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft oog voor de mogelijkheden die de private stichting als certificeringsvehikel kan bieden in het kader van de vermogensplanning als een van de kinderen een beperking heeft.

Anders dan bij het klassieke administratiekantoor wil men dat er bij de certificering van gelden of goederen in het kader van de vermogensplanning van ouders met een mentaal gehandicapt kind geen sprake kan zijn van een doorstortingsplicht. Het is net cruciaal dat het vermogen wordt beheerd door de private stichting en dat het wordt aangewend voor het welzijn van het kind.

Om diezelfde reden zou de royeerbaarheid van de certificaten uitgesloten moeten zijn zolang het gehandicapte kind leeft. Er is wel onder andere een uitzondering voorzien in het geval de rechter de ontbinding van de stichting uitspreekt omdat de stichting haar verplichtingen niet nagekomen is of wanneer het gehandicapte kind zich niet langer in een staat bevindt zoals bedoeld in art 488/1 BW.

Wanneer het gehandicapte kind uiteindelijk komt te overlijden, zouden de certificaten van rechtswege omgewisseld moeten worden voor de goederen waarop zij betrekking hebben.²⁰³

Wanneer er geen certificaten meer zijn, houdt dit niet automatisch de ontbinding van de stichting in. Een private stichting kan immers enkel worden ontbonden door een vonnis van de rechter²⁰⁴.

²⁰² www.vdvaccountants.be (consultatie 15 april 2015).

²⁰³ Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St.* Kamer 2014-15, nr. 54 252/001, 14.

²⁰⁴ Art 39 W. Venn.

Als de certificering wordt stopgezet, dan zal men kunnen terugvallen op een van de voorgenoemde redenen om de stichting te laten ontbinden.

9.3.3. Wettelijke reserve van de erfgenamen

Bij de oprichting van een administratiekantoor stelt zich de vraag in welke mate rekening moet worden gehouden met de wettelijke reserve van de erfgenamen.

Bij de beoordeling daarvan moet goed voor ogen gehouden worden dat de certificering van aandelen een erfrechtelijk voordeel kan inhouden. Het is namelijk veel eenvoudiger om een gelijkheid tussen de erfgenamen te creëren als er enkel certificaten van effecten toegekend worden in plaats van de goederen van het vermogen te moeten verdelen over de erfgenamen²⁰⁵.

Toch kan er nog steeds een ongelijkheid zijn, zeker wanneer slechts een van de erfgenamen toegelaten wordt in het bestuur van het administratiekantoor.

De certificering van effecten wordt beschouwd als een handeling ten bezwarende titel. Dit impliceert dat de erflater vrij is te beslissen tot certificatie, zonder dat er rekening moet worden gehouden met het wettelijke erfdeel²⁰⁶. En dit ondanks het feit dat de erfgenamen naar aanleiding van het overlijden in plaats van effecten certificaten zullen erven, die aanzienlijk minder vrij verhandelbaar zijn.

De wettelijke reserve kan zowel kwalitatief als kwantitatief worden omschreven.

Dit laatste wordt bepaald aan de hand van de hoedanigheid als erfgenaam.

De kwalitatieve reserve houdt in dat de erfgenamen recht hebben op hun reserve in natura en dat zij dit vrij en onbelast ontvangen.

Bij de certificering van aandelen krijgen de erfgenamen hun reserve nog steeds in natura. Men gaat er immers van uit dat de certificaten als erfgoederen kunnen beschouwd worden.

De voorwaarde dat de erfgenamen de reserve vrij en onbelast moeten kunnen ontvangen, betekent dat er geen bezwarende voorwaarden mogen gekoppeld worden aan de reserve. Wanneer in de statuten van het administratiekantoor bepaald is dat er een verbod is van overgang van de certificaten in geval van overlijden, kan wel besloten worden dat de reserve niet in natura verkregen is²⁰⁷.

²⁰⁵ R. VAN BOVEN, " De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, 121.

²⁰⁶ A. VERBEKE, " Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?", *Not. Fisc. M* 1999, 66-67.

²⁰⁷ R. VAN BOVEN, " De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, 122.

In beginsel kunnen geen bezwarende voorwaarden aan de reserve worden opgelegd²⁰⁸. Wanneer die reserve dan toch kwalitatief aangetast wordt, kan de reservataire erfgenaam geen vordering tot inkorting instellen wegens de overschrijding van het beschikbaar deel. De wettelijke erfgenaam zal genoeg moeten nemen met het instellen van een vordering tot nietigverklaring van de ongeoorloofde last die wordt gekoppeld aan het reservataire erfdeel²⁰⁹.

9.3.4. Belgisch of Nederlands administratiekantoor

Als Belgische ouders beslissen om beroep te doen op een administratiekantoor zijn zij hiervoor vrij zich te wenden tot een Nederlands of een Belgisch kantoor. Toch is een meerderheid nog steeds geneigd zijn heil te zoeken in Nederland, hieronder wordt ingegaan of dit werkelijk zo een voordeel biedt als de meeste gebruikers denken. De Belgische en Nederlandse regeling wordt hieronder op verschillende punten met elkaar vergeleken²¹⁰.

Voor de wet van 2 mei 2002 waren Belgische ouders verplicht zich te wenden tot een Nederlands administratiekantoor om de eenvoudige reden dat er in België geen dergelijk systeem bestond.

A. Verschilpunten

i. Royement

Royement betekent dat de houder van het certificaat de vertegenwoordigde effecten mag terugnemen, in ruil voor de certificaten. Deze vallen dan zonder voorwerp en worden daarom dan ook vernietigd.

De certificaathouder kan de effecten enkel terugnemen op de wijze die in de certificeringsvoorwaarden is bepaald.

In beginsel kunnen de certificaathouders hun certificaten op elk ogenblik omwisselen tegen de vertegenwoordigde effecten.

De overdraagbaarheid van de certificaten en hun royement kunnen worden uitgesloten in België²¹¹.

Indien het niet mogelijk zou zijn de royeerbaarheid te beperken, zou het doel van het administratiekantoor voorbij gestreefd kunnen worden. Vaak wordt gekozen voor een

²⁰⁸ Wettelijke erfgenamen hebben het recht om hun reserve vrij en onbelast te ontvangen.

²⁰⁹ R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, 122.

²¹⁰ J. PRELLER, D. VAN GERVEN, "Het administratiekantoor naar Belgisch en naar Nederlands recht", *TEP* 2006, 310-316.

²¹¹ Art 242 §1 j art 503 §1 W. Venn.

administratiekantoor om de continuïteit van het bestuur te kunnen waarborgen. Dit is zeker noodzakelijk in de gevallen waar het administratiekantoor is opgericht in het kader van de vermogensplanning van ouders met een gehandicapt kind.

Niettegenstaande dat het roeyement volledig kan worden uitgesloten in de voorgenoemde voorwaarden, kunnen de certificaathouders toch steeds hun effecten terugnemen wanneer blijkt dat de private stichting haar verplichtingen niet nakomt en de belangen van de certificaathouders op ernstige wijze miskend worden²¹².

In Nederland kan men de overdraagbaarheid van de certificaten ook beperken of uitsluiten krachtens een overeenkomst. Men kan hierbij ook bepalen dat de certificaten zowel beperkt als in het geheel niet kunnen worden geroyeerd.

Het grote verschil met het Belgische recht is dat er in Nederland geen mogelijkheid is om de certificeringsvoorwaarden ter zijde te schuiven indien de stichting haar verplichtingen niet nakomt. Men zal in die gevallen moeten terugvallen op gemeenrechtelijke regimes, zoals een vordering tot schadevergoeding.²¹³

j. Ontbinding

Wanneer beslist wordt tot ontbinding van de stichting onder Belgische recht verdwijnen de gecertificeerde effecten van rechtswege uit het vermogen van de stichting en gaan zij over naar het vermogen van de certificaathouders²¹⁴. Zij zullen op geen enkel moment van de ontbinding onder de samenloop vallen. De schuldeisers van de stichting zullen dus nooit aanspraak kunnen maken op de effecten.

In het Nederlands systeem daarentegen is het administratiekantoor in geval van ontbinding wel wettelijk verplicht de aandelen terug te geven aan de certificaathouders en de certificaten door te halen, maar er is geen afgescheiden vermogen. De schuldeisers van de stichting zullen bij de certificaathouders dus verhaal kunnen doen tot terugbetaling van de schulden. Om dit te vermijden bepaalt men meestal in de statuten dat de stichting uitsluitend is opgericht tot het beheer van de aandelen en dat het administratiekantoor verder geen verplichtingen mag aangaan.

k. Beheer

Om de private stichting te beheren voorziet het Belgische recht in de verplichting om een raad van bestuur te organiseren die uit minstens drie bestuurders bestaat.

²¹² Art 242 §1 j art 503 §1 W. Venn.

²¹³ J. PRELLER en D. VAN GERVEN, "Het administratiekantoor naar Belgisch en naar Nederlands recht", *TEP* 2006, 314.

²¹⁴ A. VERBEKE, "Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?", *Not. Fisc. M* 1999, 58.

Het Nederlandse recht is op dat vlak soepeler en voorziet dat één bestuurder volstaat. Natuurlijk is dit een mes dat langs twee kanten snijdt, want de kans op misbruik is groter als er slechts één bestuurder is.

I. Fiscale transparantie

Gelet op de fiscale transparantie is er geen reden om niet voor een Belgische private stichting te kiezen als het gaat om de certificering van effecten van een BVBA, NV, of Comm. VA. Er moet wel voldaan zijn aan bepaalde voorwaarden om de fiscale transparantie te kunnen genieten. In het kader van deze masterproef wordt hier niet dieper op ingegaan²¹⁵. Door de fiscale transparantie zal er op het niveau van het administratiekantoor geen belasting meer geheven worden. De belasting wordt geheven op het niveau van de certificaathouders.

m. Besluit

Het Nederlandse administratiekantoor biedt relatief weinig voordelen ten opzichte van de Belgische en toch is “de Belg” eerder geneigd zich tot een Nederlands administratiekantoor te richten en dit mede omwille van het feit dat de private stichting in België relatief nieuw is en het vertrouwen in de fiscus in België niet zo groot is als in Nederland. Men vertrouwt de fiscale transparantie niet volledig en vreest dat er op een punt toch extra belastingen zullen worden geheven.

Ondanks de eerder negatieve houding ten opzichte van de Belgische regeling is de wetgever wel geslaagd in zijn opzet. De opvolging en continuïteit van een familiale onderneming kan gewaarborgd worden.

9.3.5. De private stichting als certificeringsvehikel

A. Inleiding

Zoals voorheen reeds vermeld, is de enige vereiste die wordt gesteld over de rechtsvorm van het administratiekantoor dat de rechtsvorm rechtspersoonlijkheid moet hebben. In principe kunnen dus alle rechtspersonen in aanmerking komen, zo ook de VZW. Toch wordt de private stichting als meest geschikte rechtsvorm bevonden. Het grote voordeel van de private stichting op de andere rechtspersonen is dat ze enkel uit bestuurders bestaat en er geen aandeelhouders, leden of vennoten zijn.²¹⁶

Men zou zich de vraag kunnen stellen in welke mate het certificeren kan beschouwd worden als een belangeloos doel. Dit laatste is immers het belangrijkste kenmerk van de private

²¹⁵ www.vdvaccountants.be (consultatie 15 april 2015)

²¹⁶ R. VAN BOVEN, “De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind”, *TEP* 2014, 124.

stichting. Ook de wetgever was zich bewust van die mogelijke vraag en bepaalde uitdrukkelijk dat de private stichting kan gebruikt worden als certificeringsvehikel met de bedoeling het familiaal karakter van een onderneming te bewaren. Dit streven naar het behoud van het familiale karakter is een voldoende belangeloos doel²¹⁷.

B. De overdracht van de certificeren effecten aan de private stichting

Om de voor certificering bedoelde effecten te kunnen overdragen aan het administratiekantoor, in dit geval aan private stichting, moet rekening gehouden worden met mogelijke overdrachtbeperkingen die bepaald zijn voor de effecten van de onderliggende vennootschap²¹⁸.

In tegenstelling tot schenkingen aan de private stichting is er voor de overdracht van de te certificeren effecten geen voorafgaandelijke machtiging nodig van de vrederechter. Zoals eerder vermeld, moet deze inbreng beschouwd worden als een handeling ten bezwarende titel en niet als een schenking.

De partijen zijn vrij om te kiezen hoeveel certificaten zullen worden uitgegeven per effect, dit geldt ook andersom. Er kan afgesproken worden dat meerdere effecten worden overgedragen in ruil voor een certificaat. De één op één ruil is de meest gangbare praktijk.

Art 150, 5° W. Succ. voorziet in een vrijstelling van de taks tot vergoeding van erfbelastingen voor de gecertificeerde effecten die de private stichting- administratiekantoor aanhoudt in het kader van de certificering.

9.3.6. De VZW lijkt minder geschikt.

Het grote verschil tussen de private stichting en de VZW, die ook handelt voor een belangeloos doel, is dat er bij de stichting een bijzonder doelvermogen wordt afgescheiden, terwijl er bij een VZW geen afgescheiden vermogen is²¹⁹.

Dit is meteen ook de reden waarom er geen leden of vennoten zijn bij een private stichting. De stichter wil met zijn private stichting immers een afgescheiden vermogen creëren en is zich bewust dat wanneer het vermogen is overgedragen, het in het vermogen van de private stichting zit en hij er bijgevolg ook geen vermogensvoordelen meer zal kunnen uithalen.²²⁰

²¹⁷ Amendement nr 243 van de regering, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr 2-283/13, 46.

²¹⁸ E. SPRUYT, "Juridische aspecten van ondernemingsoverdracht" in E. SPRUYT, *KMO overdracht. Organisatorisch, juridisch, fiscaal, financieel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2005, 462.

²¹⁹ L. WEYTS, "De private stichting: een nieuwe uitdaging voor het notariaat", *T. Not* 2004, afl 2, 81.

²²⁰ VAN DE GEJUCHTE, K., *Controle bij leven en vanuit het graf. Overdracht van de familie- onderneming middels een stichting- administratiekantoor*, onuitg. Masterproef Rechten Ugent, 2011, 37-38.

9.3.7. Besluit

Het administratiekantoor kan een belangrijke rol spelen voor families die eigenaar zijn van een familiale vennootschap en waarbij de ouders vrezen dat niet alle kinderen in staat zullen zijn het bestuur van die vennootschap over te nemen.

De ouders willen enerzijds alle kinderen gelijk behandelen en anderzijds hun levenswerk in stand houden. Door de opsplitsing van de aandelen in een juridische en economische eigendom kan aan beide doelstellingen van de ouders tegemoet gekomen worden. Alle kinderen zullen een gelijk vermogen van de ouders bekomen en de meest capabele kinderen nemen het bestuur van de familiale onderneming verder op zich.

Door de aandelen van de familiale onderneming op te splitsen, moet het gehandicapte kind niet bijgestaan of vertegenwoordigd worden door een bewindvoerder om zijn stemrechten in de familiale onderneming te kunnen uitoefenen, gezien hij enkel economische recht heeft en geen stemrechten. Het kind geniet enkel de economische voordelen maar kan zelf geen beslissingen nemen of zijn of haar stemrecht uitoefenen.

Deze rechtsfiguur beperkt zich niet alleen tot de gevallen waarbij één van de kinderen een mentale handicap heeft, maar kan ook perfect aangewend worden wanneer niet alle kinderen interesse hebben om het bedrijf over te nemen.

9.4. Trust

9.4.1. Inleiding

Naast de private stichting en het administratiekantoor is er ook nog de trustfiguur. Deze rechtsfiguur biedt ook mogelijkheden inzake de familiale vermogensplanning. De trustfiguur zoals wij die vandaag kennen is een Angelsaksische rechtsfiguur. Toch wordt haar invloed in het continentale recht steeds groter. Dat is te verklaren door de steeds toenemende internationalisering. Naast de internationalisering stellen internationale instellingen, zoals banken of vermogensbeheerders, steeds vaker een trustfiguur voor.

In haar beginjaren werd de trustfiguur vooral gebruikt om goederen in de familie te houden en om te vermijden dat ze door de overgang naar verschillende generaties verspreid zouden worden. Hierbij kan gedacht worden aan een uitzonderlijke collectie, zoals een kunstverzameling.

Vandaag de dag zijn hier ook andere mogelijkheden voor die in ons Belgisch recht beter ingeburgerd zijn, zoals bijvoorbeeld de inbreng in een stichting.

Toch is de trust nog altijd zeer belangrijk, maar dan eerder in het kader van successieplanning of om goederen van gehandicapte personen te kunnen beschermen²²¹.

9.4.2. De trust in België

België erkent de trustfiguur als dusdanig niet in het nationaal recht. Indien men in een testament of door een schenking een trust in het leven zou kunnen roepen, zou men zakelijke rechten in het leven kunnen roepen die niet voorzien zijn in de wet. Het aantal zakelijke rechten is echter wettelijk beperkt (numerus clausus- beginsel).

Maar in het wetboek Internationaal Privaatrecht²²² wordt wel voorzien in een omschrijving van wat een trust is. Dit was nodig voor het beantwoorden van de vraag naar de internationaal privaatrechtelijke doorwerking van een trust in een land die deze rechtsfiguur niet kent, zoals België.

“ Trust is een rechtsverhouding die door een rechtshandeling van de oprichter of door een rechterlijke beslissing in het leven wordt geroepen, waarbij goederen onder de macht van een trustee (beheerder) worden gebracht om ze te besturen ten behoeve van een begunstigde voor een bepaald doel”²²³.

²²¹ PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J. en VANWINCKELEN, K., *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1247- 1250.

²²² Hierna W. IPR.

²²³ Art 122 W. IPR.

Wanneer we dit gaan vergelijken met art 2 van het Haagse trustverdrag^{224 225} dat stelt dat: *“Voor de toepassing van dit verdrag heeft de term trust de rechtsbetrekkingen op het oog die bij rechtshandeling onder levenden of terzake des doods- in het leven werden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer goederen onder de macht van een trustee worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel”*²²⁶, zien we dat de bewoordingen quasi gelijk zijn. Toch zijn er belangrijke verschillen.

A. Gelijkenissen en verschillen

De belangrijkste verschillen houden voornamelijk verband met de oprichting.

Zo bepaalt het W. IPR dat de trust ook tot stand kan komen door een rechterlijke beslissing, terwijl die mogelijkheid niet voorzien is in het Haagse Trustverdrag.

Anderzijds voorziet het Haagse Trustverdrag dat de trust tot stand kan komen bij levenden en terzake des doods, terwijl het W. IPR die mogelijkheid enkel voorziet bij levenden.

Voor het overige zijn de kenmerken bij het Haagse trustverdrag en in het W. IPR vrij gelijklopend:

- *“de goederen vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee*
- *de rechtstitel met betrekking tot de goederen van de trust staan ten name van de trustee of ten name van een ander voor rekening van de trustee*
- *de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de trust te besturen en te beheren of er over te beschikken”*²²⁷.

9.4.3. De Angelsaksische trust

Er zijn veel landen die voorzien in de figuur van de trust, zoals de Kaaimaneilanden en de Bahama's, maar het Belgisch internationaal privaatrecht verwijst enkel naar het Angelsaksische model, dit omwille van het feit dat de Engelse trust de meest gekende en meest voorkomende variant van de trust is.

Bij de Angelsaksische trust zijn er drie partijen. Enerzijds is er de persoon, de settlor, die zijn vermogen of een deel van zijn vermogen laat besturen door een trustee. Er kunnen ook meerdere trustees aangesteld worden. Deze trustee is de juridische eigenaar van het

²²⁴ Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, gesloten te Den Haag op 1 juli 1985 en in werking getreden op 1 januari 1992

²²⁵ België heeft dit verdrag echter niet geratificeerd.

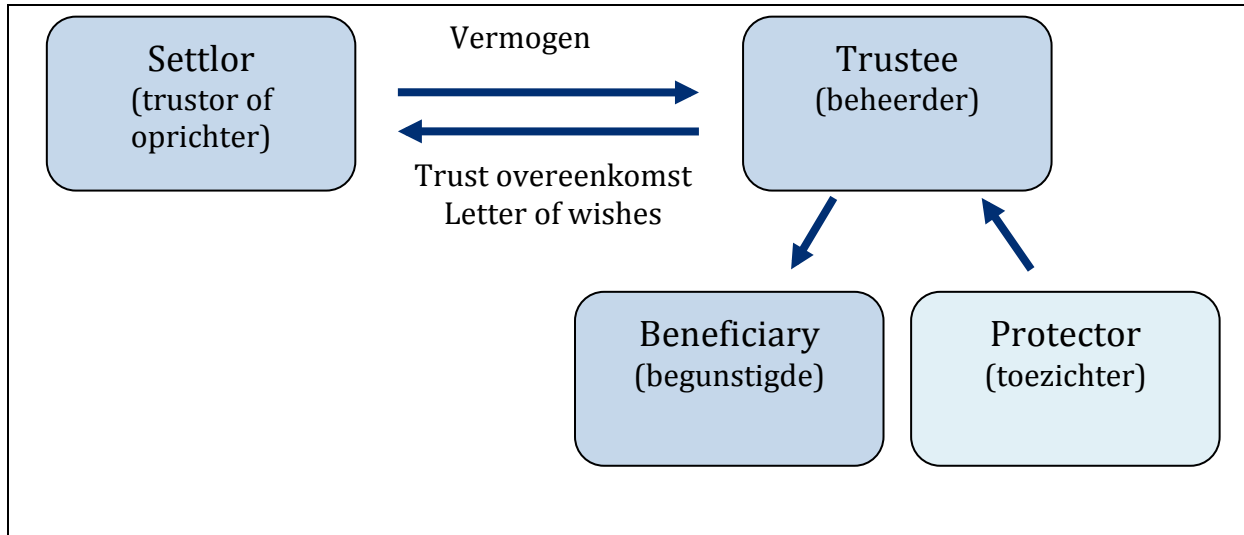
²²⁶ Art 2 Haags Trustverdrag.

²²⁷ Art 2 Haags Trustverdrag.

trustvermogen. Anderzijds is er de beneficiary die de economische eigendom heeft over de goederen die zijn opgenomen in de trustakte.

Dit economisch eigendomsrecht houdt in dat de houder van dit recht, recht heeft op de opbrengsten van het met trust bezwaarde vermogen.²²⁸

Schematisch:



Omwille van deze splitsing van eigendom kan de trust nooit gezien worden als een lastgeving, waarbij het eigendomsrecht altijd aan de lastgever blijft toebehoren en de lasthebber de lastgever enkel vertegenwoordigt. Hij geniet dus geen eigendomsrecht.

Opdat de trustee het trust zou kunnen beheren, krijgt hij een legal title.

Uiteraard moet de trustee wel handelen volgens de wil van de settlor, die zijn wensen omtrent het beheer kan uitdrukken in de letter of wishes.

Er kan bijkomend ook nog een protector aangesteld, die toezicht uitoefent op het beheer van de trustee. Deze taak kan ook door de settlor zelf uitgeoefend worden.

9.4.4. Soorten trust

Er zijn heel wat soorten trust mogelijk en er zijn veel verschillende opdelingen mogelijk, maar in het kader van deze masterproef zal ik enkel de meest voorkomende opdelingen bespreken.

Wanneer we een opdeling maken volgens het ontstaan van de trust onderscheiden we de express trust, constructive trust en de statutory trust.

Bij de express trust heeft de settlor uitdrukkelijk zijn wil te kennen gegeven dat hij een trust wil inrichten. Dit kan zowel bij leven als bij testament. Dit zijn de belangrijkste trusts in het

²²⁸ PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J. en VANWINCKELEN, K., *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1247- 1250.

kader van de familiale vermogensplanning. Wanneer het een trust is die wordt opgericht bij uiterste wilsbeschikking spreekt men over testamentary trust. Als de trust reeds werd opgericht en uitwerking krijgt gedurende het leven van de settlor, dan is er sprake van een trust inter vivos.²²⁹

Bij de constructive trust is er geen uitdrukkelijke wilsuiting, maar kan de wens om een trust op te richten afgeleid worden uit de vermoede wil van de trustgever. Dit kan zowel door de interpretatie van de bedoeling van de settlor als door een beslissing van de rechtbank die een verrijking zonder oorzaak wil vermijden.

Tenslotte zijn er nog de statutory of implied trusts die uit de wet volgen²³⁰. Hierbij wordt gedacht aan de aanstelling van een curator in het kader van een faillissement.

We kunnen de trust ook gaan bekijken naargelang de beleidsvrijheid die wordt geboden aan de trustee. Er kan een discretionary trust zijn, waarbij zoals de naam van de trust reeds doet vermoeden, een discretionaire beleidsruimte is gelaten aan de trustee. De trustee beslist zelf wanneer de voordelen uit de trust uitbetaald moeten worden, bijgevolg heeft de beneficiary geen vorderingsrecht ten opzichte van de trustee²³¹. Meestal zal in deze gevallen geen letter of wishes zijn opgesteld door de settlor.

Bij de fixed trust daarentegen worden concrete instructies gegeven aan de trustee over de wijze waarop hij de trust moet uitvoeren.

Ten slotte is er de accumulation trust. De trustee kan gedurende de trust geen tussentijdse uitkeringen doen. De activa van de trust moeten zonder uitkering aangroeien. Pas op het einde van de trust zullen de activa en de bijhorende aanwinsten uitgekeerd worden aan de beneficiary.²³²

Een laatste onderscheid dat kan gemaakt worden is op het vlak van de al dan niet herroepbaarheid van de trust. We spreken respectievelijk van een revocable en irrevocable trust.

In het licht van de vermogensplanning met het oog op de bescherming van een gehandicapt kind lijkt een middenweg tussen express irrevocable discretionary trust en fixed interest trust aangewezen.

Bij de discretionaire trust treedt de trustee niet op als bankier, maar veeleer als vertrouwenspersoon. De settlor zal de trustee controle geven over (een deel van) het vermogen. De settlor blijft wel verder de inkomsten genieten. Naar aanleiding van zijn

²²⁹ S. DE RAEDT en M. TRAEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen- Apeldoorn, Maklu, 2000, 27.

²³⁰ E. SPRUYT, J. RUYSEVELDT en P.DONS, *Praktijkids successierecht- en planning*, Haecht, Artoos 2003, 838.

²³¹ VAN HOOTEGEM, J., *De maatschap, de stichting en de trust als instrumenten van familiale vermogensplanning*, onuitg., thesis master Rechten Ugent, 2008-09, 80.

²³² DE RAEDT, S. en TRAEST, M., *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen- Apeldoorn, Maklu, 2000, 29-30.

overlijden zal een vooraf aangeduide begunstigde de inkomsten aanvaarden en ook de erfbelastingen betalen.

De trustee zal dat vermogen beheren in het belang van de in the letter of wish aangeduide begunstigten. Gezien het beheer in casu meer betreft dan een louter uitvoerend beheer van het vermogen, is een discretionaire trust meer aangewezen.

Met het oog op de continuïteit lijkt het onherroepelijk karakter aangewezen.

Dit impliceert evenwel een blindelings vertrouwen tussen de oprichter en de trustee. Om die reden is het eerder aangewezen om te kiezen voor een afgezwakte versie van dit onherroepelijk karakter.

In het belang van het gehandicapt kind, de andere broers en zussen en de aangestelde trustee is het aangewezen om reeds bij leven duidelijke afspraken te maken.

9.4.5. Trustwerking in het Belgische recht

Zoals reeds eerder gezegd erkent het Belgische recht de trust niet als dusdanig. Terugvallend op de principes van internationaal privaatrecht kan het echter wel zijn dat de Belgische rechter geconfronteerd wordt met een trust-zaak.

Enerzijds is er de mogelijkheid van de partijen om een forumkeuze te doen²³³. Wanneer de trust werd ingesteld bij testament is de EEX- Verordening niet van toepassing en zal op grond van art 23.4 EEX- Verordening geen forumkeuze kunnen gedaan worden.

Als er in dat geval geen andere verdragen van toepassing zijn, is men verplicht terug te vallen op het W.IPR.

Ook in het Belgische internationale privaatrecht kan men een forumkeuze doen²³⁴. Maar bij deze forumkeuze heeft de Belgische wetgever een voorbehoud ingebouwd dat voorziet dat de rechter zijn bevoegdheid kan weigeren als uit de omstandigheden blijkt dat geen enkel element van het geschil een betekenisvolle band met België heeft²³⁵.

Volgens art 123 §1 W. IPR zijn de Belgische rechters bevoegd om kennis te nemen van vorderingen met betrekking tot de oprichter, de trustee of de begunstigde wanneer:

- *“de trust in België wordt bestuurd*
- *de vordering goederen betreft die zich bij de instelling van de vordering in België bevinden.”*

Praktijkervaring leert echter dat het niet vaak voorkomt dat de goederen in België gelegen zijn op het moment van het instellen van de vordering en dat trusts zelden vanuit België worden bestuurd. Het is bovendien soms zeer moeilijk om te bepalen van waaruit een trust

²³³ Art 23.4 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna EEX- Verordening).

²³⁴ Art 123 §2 W. IPR.

²³⁵ Art 6 §2 W. IPR.

wordt bestuurd, is dat de plaats waar de settlor woont of is het de plaats van waaruit de settlor niet- bindende instructies geeft aan de trustee?

Uit dit alles kunnen we afleiden dat de Belgische rechter slechts zeer zelden bevoegd zal zijn, noch op grond van art 123§1, . IPR noch op grond van art 123§2 W. IPR.

Voor de invoering van het wetboek internationaal privaatrecht moest elk onderscheiden deel van de trust afzonderlijk getoetst worden op haar compatibiliteit met het Belgische recht. Uiteraard deed dit de rechtszekerheid zeker geen goed²³⁶. Men begreep de noodzaak van wetgeving hierover, maar de wetgever was er ook van overtuigd dat er één geheel van wetgeving moest komen, de ratificatie van het Haagse trustverdrag zou enkel versnippering in de hand werken.

De oprichter mag vrij kiezen aan welk recht hij zijn trust wil onderwerpen. Maar de rechtskeuze heeft geen gevolg als alle betekenisvolle elementen van de trust verbonden zijn met een staat waarvan het recht de trust niet kent²³⁷.

Wanneer geen rechtskeuze is gemaakt, wordt de trust beheerst door het recht van de staat van het grondgebied waarvan de trustee bij de oprichting van de trust zijn gewone verblijfplaats heeft²³⁸.

In het kader van de Belgische trusts is het dan ook zeer belangrijk dat er een rechtskeuze wordt gedaan, wil men dat de trust uitwerking krijgt. Wanneer iemand zijn gewone verblijfplaats in België heeft ten tijde van de oprichting van de trust en die persoon heeft nagelaten een rechtskeuze te doen, dan zou het Belgische recht van toepassing zijn. De trust zal in dat geval geen uitwerking krijgen, gezien het Belgische recht de trustfiguur als dusdanig niet kent.

Bij het oprichten van de trust kan de wettelijke reserve nooit aangetast worden, wanneer de laatste woonplaats van de erflater of de trustgoederen in België gelegen zijn. De buitenlandse trust kan in België pas uitwerking krijgen wanneer deze niet in strijd is met de wettelijke bepalingen van de Belgische rechtsorde. Bijgevolg kan de trust enkel gevestigd worden ten belopen van het beschikbaar deel.

Art 125 §2 W.IPR bepaalt dat het recht dat van toepassing is op de trust de rechtsgeldigheid van de akten van verkrijging of van overdracht van zakelijke rechten niet bepaalt. De rechten en plichten van de derde die goederen heeft in de trust vallen onder Belgisch recht. Artikel 87 W.IPR stelt immers dat het recht van de staat waar de goederen zich bevinden van toepassing is in die gevallen.²³⁹

²³⁶ S. DE RAEDT en M. TRAEEST, "Meer vertrouwen in de trust na het IPR- wetboek?", *Fiskoloog* 2004, afl 947, 2-3.

²³⁷ Art 124 W. IPR .

²³⁸ Art 124§2 W. IPR.

²³⁹ VAN HOOTEGEM, J., *De maatschap, de stichting en de trust als instrumenten van familiale vermogensplanning*, onuitg., thesis master Rechten Ugent, 2008-09, 89.

Wanneer het erfrecht echter het recht is van een land dat de regels inzake wettelijke reserve en voorbehouden erfdeel niet kent, dan kunnen de reservataire erfgenaam geen vordering instellen tot inkorting²⁴⁰.

9.4.6. Trust en vermogensplanning

In het kader van de vermogensplanning kan via de trust tegemoet gekomen worden aan de vereisten inzake controle- en inkomstenbehoud²⁴¹. Door middel van de trust willen ouders vermijden dat het door hen opgebouwde vermogen verloren gaat of ze willen er hun kinderen mee beschermen, wanneer ze vrezen dat het kind niet in staat is zijn vermogen zelf te beheren.

De trustee krijgt immers het juridisch eigendomsrecht over de goederen of gelden, zoals reeds eerder aangehaald. Deze trustee zal de inkomsten beheren en bijgevolg ook de controle over de goederen of gelden behouden. Het gehandicapte kind zal echter niet verarmen doordat zijn goederen of gelden worden beheerd door de trustee. Hij kan enkel de bestemming van de goederen niet bepalen.

De settlor, in dit geval de ouders, zullen de planning tijdig opmaken, maar zullen wel tijdens hun leven wel nog zelf controle willen behouden over het vermogen dat ze ingebracht hebben in de trust.

In de eerste plaats kunnen de ouders hiervoor een trustakte opstellen. Ouders kunnen in dit document bepalen voor welk doel het vermogen dient aangewend te worden. In combinatie met de letter of wishes kunnen de ouders in grote mate de controle over het vermogen behouden²⁴².

Daarnaast kan de settlor er ook voor opteren om een protector aan te stellen. Deze protector moet er op toezien dat de trustee de opgelegde verplichtingen nakomt. De settlor kan er in dit geval voor kiezen zichzelf aan te stellen als protector²⁴³.

Ten slotte wordt ook veel bepaald door de keuze voor een bepaalde soort trust. De mogelijkheden en hun gevolgen werden eerder al aangehaald²⁴⁴.

Men moet wel goed voor ogen houden dat de trust geen contract is. De trust kan hierdoor onmogelijk als een schenking of een derdenbeding beschouwd worden.

²⁴⁰ VAN HOOTEGEM, J., *De maatschap, de stichting en de trust als instrumenten van familiale vermogensplanning*, onuitg., thesis master Rechten Ugent, 2008-09, 97.

²⁴¹ DE RAEDT, S. en TRAEST, M., *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen- Apeldoorn, Maklu, 2000, 35 ev.

²⁴² W. HEYVAERT en K. DEMEYERE, "Trust" in A. VERBEKE, H. DERYCKE en P. LALEMAN (eds), *Estate Planning VII, Vermogensplanning: alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2006, 91.

²⁴³ C. DE WITTE, "Kan Trust in België een nuttig instrument zijn voor vermogensplanning?", *Jura Falconis* 2007, afl 4, 543.

²⁴⁴ Zie onder rubriek 9.4.4

Om een trust tot stand te laten komen, is er geen tussenkomst van een notaris vereist. Dit zorgt ervoor dat de trust op het eerste zicht aanzienlijk goedkoper is dan andere rechtsfiguren waar de notariële tussenkomst wel verplicht is.

Helaas is de trust niet zo bekend in België en zijn dus lang niet alle vermogensplanners voldoende op de hoogte van de werking van de trust, waardoor de tussenkomst van (vaak dure) specialisten noodzakelijk is.

Voor de vermogensplanning van ouders met een mentaal gehandicapt kind kan de trust een handig instrument zijn. De settlor kan immers het vermogen dat hij heeft opgebouwd en aan het gehandicapte kind moet toekomen, overlaten aan een trustee die hij zelf gekozen heeft. Op die manier kan inmenging van de vrederechter vermeden worden²⁴⁵.

Wanneer we moeten antwoorden op de vraag of het mogelijk is om een trust op te richten voor een Belgische vermogensplanning, kunnen we bevestigend antwoorden. Wanneer we moeten antwoorden op de vraag of het nuttig is om te werken met een trust bij een Belgische vermogensplanning is het antwoord iets genuanceerder.

Bij het instellen van een trust in België wordt men met heel wat hinderpalen geconfronteerd.

Eenzijds is er art 124§1, 2^e lid W. IPR dat stelt dat als alle betekenisvolle elementen van de trust, met uitzondering van de rechtskeuze, verbonden zijn met een staat die de trust niet kent, de rechtskeuze geen gevolgen zal hebben in het rechtsverkeer. Wanneer de rechtskeuze niet geldig is, bepaalt art 124 §2 W. IPR dat het recht van toepassing is van de staat waar de trustee, op het moment van de oprichting, zijn gewone verblijfplaats heeft. In de meerderheid van deze gevallen zal het Belgisch recht van toepassing zijn, waardoor de trust zonder gevolg zal blijven.

Anderzijds is er het probleem van de wettelijke reserve. De bepalingen inzake de wettelijke reserve zijn van dwingend recht en zijn derhalve bijzonder moeilijk te omzeilen, zoals hiervoor reeds werd aangehaald.

Ten derde zijn er moeilijkheden met art 7 en 8 van de Hyp. W.

In België heeft iedereen slechts één vermogen. Er is geen mogelijkheid tot het hebben van verschillende vermogens. De juridische eigendom die de trustee zal hebben over het goed, zal tot zijn vermogen gaan behoren. Indien men de regels met betrekking tot eenheid van vermogen schendt, zal de trust opnieuw geen uitwerking hebben in België. Dit is niet steeds het geval, maar er zal met de nodige nauwkeurigheid gewerkt moeten worden bij het opstellen van de trustakte, zodat de hiervoor vermelde bepalingen niet geschonden worden.

²⁴⁵ DE RAEDT, S. en TRAEST, M., *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen- Apeldoorn, Maklu, 2000, 37.

9.4.7. De trust vanuit fiscaal oogpunt

De trustfiguur valt zeer moeilijk te rijmen met het legaliteitsbeginsel dat geldt in de fiscaliteit. In beginsel kan er enkel door de wet een belasting ingevoerd worden²⁴⁶. De Belgische rechtsorde erkent de trust echter niet, hierdoor is er ook geen specifieke fiscale regeling voorzien voor de trust.

In beginsel zou de trust dan ook niet belastbaar zijn, maar de fiscus kan wel belasten als hij de trust ontleedt en elk rechtsgevolg toetst aan de Belgische fiscale wetgeving²⁴⁷.

Over het fiscale aspect van de trust is heel wat rechtsonzekerheid omdat er verschillende mogelijke zienswijzen zijn over de elementen van de trust. Deze verschillen leiden ook tot een andere fiscale analyse, waardoor discussie kan ontstaan.

9.4.8. Besluit

De trust heeft een aantal niet te onderschatten voordelen, die personen ertoe kunnen aanzetten toch te kiezen voor de trust²⁴⁸.

Ten eerste wordt er door de trust een afgescheiden vermogen opgericht. Schuldeisers van de settlor kunnen bijgevolg geen vordering uitoefenen op de trustgoederen. Het voordeel ten opzichte van sommige andere afzonderlijke vermogens, zoals de private stichting, is dat er geen rechtspersoon moet voor opgericht worden.

De settlor kan zichzelf aanduiden als beneficiary, op die manier geniet hij van de inkomsten die de trustgoederen opleveren, zonder dat hij de goederen zelf moet beheren.

Uit al het voorgaande kunnen we besluiten dat het in theorie wel mogelijk is om een trust op te richten voor een Belgische vermogensplanning, maar gelet op de figuren die sterk op de trust lijken, met dat verschil dat zij wel aangepast zijn aan het Belgische recht, zal men in de praktijk eerder zijn toevlucht nemen tot de beter aangepaste en daarom ook efficiëntere rechtsfiguren, zoals de certificering van aandelen²⁴⁹.

²⁴⁶ Art 170 Gw.

²⁴⁷ S. DE RAEDT en M. TRAEEST, "To trust or not to trust", *TFR* 2001, 13.

²⁴⁸ VAN HOOTEGEM, J., *De maatschap, de stichting en de trust als instrumenten van familiale vermogensplanning*, onuitg., thesis master Rechten Ugent, 2008-09, 97.

²⁴⁹ C. DE WITTE, "Kan Trust in België een nuttig instrument zijn voor vermogensplanning?", *Jura Falconis* 2007, afl 4, 539- 558.

9.5. Maatschap

9.5.1. Begrip

Een ander mogelijk alternatief is de maatschap.

“De maatschap is een overeenkomst waarbij twee of meer personen zich ertoe verbinden iets in gemeenschap te brengen met de bedoeling hun een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen²⁵⁰”.

Het essentiële kenmerk van een maatschap is dat zij geen rechtspersoonlijkheid heeft²⁵¹. Dit heeft onder andere tot gevolg dat de ingebrachte goederen niet behoren tot een afzonderlijk vermogen, maar behoren aan alle maten van de nalatenschap in onverdeeldheid.

Al de ingebrachte goederen worden bestemd om een bepaald, vooraf afgesproken doel, te verwezenlijken²⁵².

Om te kunnen spreken van een maatschap moeten vijf geldigheidsvereisten aanwezig zijn;

1) Winstoogmerk: De term winstoogmerk moet ruim geïnterpreteerd worden. Een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel aan de vennoten is voldoende. In het kader van de familiale vermogensplanning is het feit dat men hoge erfbelastingen wil vermijden al voldoende om te besluiten dat de besparing die men door dergelijke rechtsfiguur kan verwezenlijken een vermogensvoordeel inhoudt²⁵³.

2) Meerhoofdigheid: Een maatschap is in wezen een contract dat gesloten wordt. Opdat een contract gesloten kan worden, zijn er minimaal twee personen nodig. Wanneer er door omstandigheden nog maar één vennoot zou overblijven, wordt de maatschap van rechtswege ontbonden²⁵⁴. Om de ontbinding van rechtswege te vermijden, kan men wel voorzien in een voortzettingsbeding in geval van overlijden van één van de vennoten²⁵⁵.

3) Inbreng: Om een maat te kunnen worden in de maatschap moet die persoon een inbreng

²⁵⁰ Art 1 j° 2 j° 46 W. Venn. en art 1832 BW.

²⁵¹ R. DEBLAUWE, “Vermogensplanning met vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid” in J. BAEL, R. DEBLAUWE en C. DE WULF (eds), *Familiale Vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 2004, 736.

²⁵² PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J. en VANWINCKELEN, K., *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1313- 1316.

²⁵³ M. DELBOO en S. NELIS, “Burgerlijke maatschap en administratiekantoor: controlevehikels bij uitstap in een klassieke successieplanning” in M. DELBOO, D. MICHIELS, S. NELIS, J. RUYSEVELDT en E. SPRUYT, *Fiscaal praktijkboek 2008-2009 indirecte belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2008, 137.

²⁵⁴ M. DELBOO en S. NELIS, “Burgerlijke maatschap en administratiekantoor: controlevehikels bij uitstap in een klassieke successieplanning” in M. DELBOO, D. MICHIELS, S. NELIS, J. RUYSEVELDT en E. SPRUYT, *Fiscaal praktijkboek 2008-2009 indirecte belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2008, 138.

²⁵⁵ Art 42 W. Venn.

doen of moet er minstens toch een akkoord zijn over de inbreng die men gaat doen. Het is niet vereist dat de inbreng onmiddellijk wordt volstort bij het toetreden tot de maatschap. De inbreng kan zowel in geld als in natura gebeuren²⁵⁶.

4) Winstverdeling: De maten kunnen vrij bepalen in de statuten van de maatschap hoe de winstverdeling moet gebeuren²⁵⁷. De enige beperking die er op dit vlak is, is het verbod van leeuwenbeding²⁵⁸.

Het verbod op leeuwenbeding houdt volgens art 32 W. Venn in dat: *“De overeenkomst die aan een van de vennoten de gehele winst toekent, is nietig.*

Hetzelfde geldt voor het beding waarbij de gelden of goederen,

door een of meer van de vennoten in de vennootschap ingebracht,

worden vrijgesteld van elke bijdrage in het verlies.” Het eerste lid van dit artikel staat niet ter

discussie. Iedereen is het er mee eens dat het de essentie is van een vennootschap bestaat om de vennoten te laten delen in de winst. Het gevolg van deze zienswijze is dat niemand van de winst mag uitgesloten worden. Over het tweede lid van dit artikel is wel wat discussie over de draagwijdte van dit artikel, maar in het kader van deze masterproef is het minder interessant om hierop in te gaan²⁵⁹.

5) Affectio societatis: Men moet de wil hebben om samen iets in te brengen en de winst die hieruit voortkomt te verdelen. Men moet akkoord gaan met de statuten²⁶⁰.

In de statuten kunnen de maten volledig beslissen hoe zij de maatschap willen inrichten, maar er mag wel niet afgeweken worden van de geldigheidsvereisten. De statuten moeten aangenomen worden bij unanimitieit. Deze unanimitieitsvoorwaarde geldt niet bij een eventuele latere wijziging van de statuten²⁶¹.

9.5.2. Oprichting en bestuur

Voor de oprichting van de maatschap is enkel een unanieme wilsovereenstemming vereist²⁶². Er moet geen notaris tussenkomen in de oprichtingsprocedure. Er zal wel een notariële tussenkomst vereist zijn bij een inbreng van in België gelegen onroerende goederen. Behoudens het opstellen van de statuten en een aandeelhoudersregister zijn er geen andere formele vereisten.

²⁵⁶ M. DELBOO en S. NELIS, “Burgerlijke maatschap en administratiekantoor: controlevehikels bij uitstak in een klassieke successieplanning” in M. DELBOO, D. MICHIELS, S. NELIS, J. RUYSEVELDT en E. SPRUYT, *Fiscaal praktijkboek 2008-2009 indirecte belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2008, 138.

²⁵⁷ M. DELBOO, “De familiale burgerlijke maatschap”, *Not. Fisc. M.* 2003, afl 9, 269.

²⁵⁸ Art 32 W. Venn.

²⁵⁹ H. DE WULF, “Enkele bedenkingen rond een nuttige rol voor het versleten verbod van leeuwenbeding: bescherming van de vennootschap en haar schuldeisers, niet alleen van de medevennoten”, *T.B,H* 2007, 697.

²⁶⁰ S. DEVOS, “Een maatschap is maatwerk”, *TRV* 2001, 270.

²⁶¹ A. NIJS, A. VAN ZANTBEEK, A. VERBEKE, “Statuten van de burgerlijke maatschap”, *TEP* 2006, 1- 14.

²⁶² M. DELBOO, “De familiale burgerlijke maatschap”, *Not. Fisc. M.* 2003, afl 9, 271.

De oprichtingsakte en latere statutenwijzigingen moeten bovendien niet gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad.

Er moet geen jaarrekening neergelegd worden.

Hoewel het niet verplicht is, kan het toch aangewezen zijn om volgende zaken op te nemen in de statuten:

- Vaststelling van het bestuursorgaan, statutaire zaakvoerders en een omschrijving van hun bevoegdheden.
- Winst- of verliesverdeling
- Duur van de maatschap
- Oorzaken van ontbinding van de maatschap, hierbij kan het zeker aangewezen zijn om het eerder vermelde verblijvingsbeding op te nemen in de statuten zodat de maatschap niet hoeft ontbonden te worden in geval van overlijden van één van de maten.
- Precieze omschrijving van het doel waarvoor de maatschap is opgericht.

9.5.3. Behoud van controle

Gezien de wet niet voorziet in een wettelijk bestuursorgaan kunnen de maten zelf beslissen in de statuten hoe de maatschap bestuurd zal worden (cfr supra)

In het licht van de vermogensplanning zou kunnen voorzien worden in een statutair zaakvoerder, die enkel met unanimitéit van stemmen afgezet kan worden. Hierbij is het dan ook belangrijk dat de statutaire zaakvoerder zelf voldoende aandelen in de maatschap heeft.

9.5.4. De maatschap als instrument voor familiale vermogensplanning

Net zoals bij de bespreking van de vorige figuren is het ook bij de burgerlijke maatschap de bedoeling van de ouders om te vermijden dat hun vermogen versnipperd wordt door de overdracht, daarnaast willen ze zelf de controle op het vermogen zoveel mogelijk behouden tijdens hun leven en zoveel mogelijk genieten van de inkomsten die het ingebrachte vermogen oplevert en de toekomst van hun gehandicapte kind veilig stellen²⁶³.

Men bepaalt vrij wat er in de statuten wordt opgenomen, waardoor het een zeer soepele vennootschap is²⁶⁴ en kan dienen voor vele doeleinden, waaronder ook de voorziening in levensonderhoud van een gehandicapt kind.

De maatschap als instrument voor familiale vermogensplanning kan als volgt gestructureerd worden:

²⁶³ D. DE MAREZ en B. KEIRSBILCK, "De maatschap als instrument van successieplanning" in F. HELLEMANS (ed), *Vennootschapsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 1.

²⁶⁴ M. DELBOO, "De familiale burgerlijke maatschap", *Not. Fisc. M.* 2003, afl 9, 271.

- De ouders schenken in de meeste gevallen (een deel van) hun roerende goederen aan de kinderen. Deze schenking kan voor de notaris (betaling van schenkingsrechten noodzakelijk) of via bankgift (waarbij geen schenkingsrechten moeten betaald worden) gebeuren.

Wanneer het echter een onroerend goed betreft, zal er wel een tussenkomst van de notaris vereist zijn en zullen schenkingsrechten verschuldigd zijn.

De schenking gebeurt vaak onder last deze goederen in te brengen in een maatschap²⁶⁵.

Of deze verplichting wel verenigbaar is met de vereiste dat de schenking uit vrijgevigheid moet gebeuren, hangt af van de mate van inspraak in het bestuur van de maatschap. Als de kinderen de schenking inbrachten in de maatschap en de ouders behouden de facto het volledige zeggenschap over de maatschap, kan men dit niet als een schenking beschouwen.

Wanneer de kinderen voldoende mogelijkheid tot inspraak in het bestuur krijgen, dan zal de schenking legitiem zijn²⁶⁶.

Een andere strekking uit de rechtsleer meent dat er geen inbreuk is op de vereiste van animus donandi. De verbintenis om het geld in te brengen in de maatschap is immers een gevolg van het feit dat de kinderen vennoot geworden zijn en kleeft niet aan de schenking²⁶⁷.

Mijns inziens blijft er echter nog steeds een risico bestaan dat de schenking onder die omstandigheden niet gebeurde uit vrijgevigheid en bijgevolg nietig is.

Men zou zich de vraag kunnen stellen waarom de ouders niet gewoon de aandelen schenken aan hun kinderen, nadat ze de maatschap hebben opgericht. Dan lijkt het probleem in verband met de geldigheid van de voorafgaande schenking toch opgelost? Een schenking van aandelen kan echter niet langer via hand- of bankgift²⁶⁸. Delen van de maatschap kunnen enkel bij notariële akte geschonken worden. Dit brengt natuurlijk heel wat extra kosten met zich mee.²⁶⁹

- Om de controle te behouden worden de ouders (of één van hen) als statutair zaakvoerder benoemd
- Jaarlijks wordt de winst (of het verlies) gedeeld onder de vennoten. Hier zouden de statuten kunnen voorzien dat de statutaire zaakvoerder beslist wat er met de winst gebeurt en dat de algemene vergadering hier enkel van kan afwijken mits

²⁶⁵ E. SPRUYT, J. RUYSEVELDT en P. DONS, *Praktijkgids successierecht- en planning*, Haecht, Artoos 2003, 773.

²⁶⁶ M. DELBOO, " De familiale burgerlijke maatschap", *Not. Fisc. M.* 2003, 278-279. , J. VANOVERBEKE, "De familiale burgerlijke vennootschap- Een instrument voor successieplanning", *TFR* 2000, 621.

²⁶⁷ M. DELBOO en S. NELIS, " Burgerlijke maatschap en administratiekantoor: controlevehikels bij uitstrek in een klassieke successieplanning" in M. DELBOO, D. MICHIELS, S. NELIS, J. RUYSEVELDT en E. SPRUYT, *Fiscaal praktijkboek 2008-2009 indirecte belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2008, (122) 138.

²⁶⁸ S. DEVOS, " De maatschap is een maatwerk", *TRV* 2001, 290.

²⁶⁹ M. DELBOO, " De familiale burgerlijke maatschap", *Not. Fisc. M.* 2003, 279.

unanimiteit van stemmen. Met deze statutaire bepaling kunnen zij zelf beslissen over de winstverdeling. Het spreekt voor zich dat zij het verbod van leeuwenbeding moeten respecteren.

9.5.5. De burgerlijke maatschap is fiscaal transparant

Zoals eerder vermeld is een burgerlijke maatschap een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.

Enige tijd geleden werd een vraag voorgelegd aan de rulingcommissie met betrekking tot de fiscale behandeling van de burgerlijke maatschap.

De rulingcommissie bevestigde dat de burgerlijke maatschap ' als volkomen fiscaal transparant moest beschouwd worden. Bijgevolg is de maatschap niet onderworpen aan vennootschaps- of rechtspersonenbelasting. De inkomsten die de maatschap verwerft, worden geacht inkomen te zijn van de maten en zijn derhalve belastbaar in de personenbelasting.²⁷⁰

9.5.6. Besluit

Dat de maatschap, gezien haar soepel en discreet karakter een waardevol instrument is in het kader van vermogensplanning kan niet ontkend worden. Zeker wanneer het een overdracht van roerende goederen betreft, is de maatschap een bijzonder nuttige figuur.

De maatschap an sich is echter enkel een element dat zorgt voor het behoud van de controle en de inkomsten.

Pas wanneer de maatschap wordt gecombineerd met een schenking, al dan niet voorafgaand aan de oprichting van de maatschap, wordt dit een interessante figuur in het kader van familiale vermogensplanning. Op die manier kunnen ouders de controle over hun vermogen veilig stellen en vermijden dat de inmenging van de vrederechter vereist is.

Gezien de vereiste evenwel van het winstoogmerk lijkt het niet direct de meest geschikte rechtsfiguur voor ouders van een gehandicapt kind.

De familiale vermogensplanning voor ouders met een mentaal gehandicapt kind gaat immers veel verder dan de goederen over te laten gaan naar de volgende generatie en hierbij de erfbelastingen tot het minimum te beperken.

²⁷⁰ S. VAN BREEDAM, " Burgerlijke maatschap: volkomen fiscaal transparant", *Fiscoloog* 2009, afl 1173, 7-10.

9.6. De alternatieve figuren met elkaar vergeleken

9.6.1. Inleiding

Gedurende de bespreking van de alternatieve figuren kwamen regelmatig dezelfde kenmerken naar voor. Toch zijn er verschillen tussen de figuren en kan een bepaalde figuur voor het ene gezin interessant zijn en voor het andere gezin net niet. Hieronder worden in grote lijnen de gelijkenissen en verschillen tussen de figuren besproken²⁷¹.

9.6.2. De maatschap vergeleken met de private stichting

Zowel de maatschap als de private stichting beogen een continuïteit van het vermogen van een persoon. Het vermogen blijft onder de controle van diegene die de maatschap of private stichting besturen en de erfbelastingen worden tot een minimum herleid.

Beide figuren zijn op het vlak van organisatie en bestuur bijzonder soepel, waarbij de maatschap als nog iets soepeler ervaren wordt, gezien zij de vereiste van driehoofdigheid niet stelt.

Toch zijn er grote verschillen tussen beide rechtsfiguren:

- Oprichtings- en publiciteitsvereisten

De private stichting wordt opgericht door een authentieke akte. Deze akte wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Daarnaast moet er jaarlijks een jaarrekening neergelegd worden. Het grote voordeel aan de private stichting is wel dat ze door één persoon opgericht kan worden.

Bij de maatschap zijn er heel wat minder formaliteiten, zoals eerder in dit deel al werd uitgelegd. De maatschap is hierdoor wel discreter dan de stichting. Voor de oprichting van een maatschap zijn er wel minimum twee maten vereist.

- Opdeling van het vermogen

Een maatschap is een overeenkomst *intuitu personae* die gesloten wordt tussen twee of meerdere partijen, waarbij iets in onverdeeldheid wordt gebracht, met de bedoeling te delen in de winst of het verlies. De nadruk ligt eerder op de maten.

Een private stichting is een afzonderlijk vermogen dat door de stichter ter beschikking wordt gesteld voor de verwezenlijking van een specifiek doel.

- Werking

De maatschap is een instrument dat vooral gebruikt wordt om tijdens het leven de controle over een bepaald vermogen te behouden. De stichting gaat verder en biedt ook controlemogelijkheden voor na het overlijden.

²⁷¹ VAN HOOTEGEM, J., *De maatschap, de stichting en de trust als instrumenten van familiale vermogensplanning*, onuitg., thesis master Rechten Ugent, 2008-09, 119-122.

9.6.3. De maatschap en trust vergeleken met elkaar

Geen van beide figuren heeft rechtspersoonlijkheid en kunnen dus in principe opgericht worden zonder geschrift. Inzake bewijsproblematiek valt dit ten zeerste af te raden natuurlijk.

Er zijn natuurlijk ook verschillen tussen de beide figuren:

- Oorsprong

De maatschap is een Belgische rechtsfiguur. De trust heeft een Angelsaksische oorsprong. Het spreekt voor zich dat de maatschap beter ingeburgerd is bij ons, gelet op het feit dat de trust als dusdanig niet erkend wordt in de Belgische rechtsorde.

- Oprichting

Voor de oprichting van de maatschap zijn minimaal twee maten nodig, tussen wie een contract tot stand komt. Voor een trust is dit niet nodig, de eenzijdige wilsuiving van de settlor volstaat.

9.6.4. De trust en private stichting ten opzichte van elkaar

De private stichting is vooral interessant om te vergelijken met de trust wanneer ze dienst doet als administratiekantoor in het kader van de certificering van aandelen. Op het eerste zicht lijkt de gelijkenis tussen beide vrij duidelijk. In de twee gevallen is er sprake van een splitsing tussen de economische en juridische eigendom van het vermogen. Deze gelijkenis is juridisch gezien niet volledig correct. Bij de trust ontstaan er twee eigendomsrechten voor één bepaald vermogen. Bij een private stichting ontstaat er enkel een splitsing van de van de rechten. Er is een splitsing tussen de stem- en vermogensrechten.

Beide figuren zijn wel voor meer vermogende gezinnen. De private stichting heeft heel wat werkmiddelen nodig om het belangeloze doel na te kunnen streven. Voor de oprichting van een trust zijn experts nodig. Het kostenplaatje van deze expertise kan al snel oplopen.

Er zijn ook enkele grote verschillen tussen beide figuren:

- Juridische aard

Een private stichting bezit rechtspersoonlijkheid. Dit is niet het geval bij de trust.

- Beheer

Een trust kan perfect beheerd worden door één trustee. Voor een private stichting is een raad van bestuur vereist, bestaande uit minimaal drie bestuurders.

10. Buitengerechtelijke bescherming

10.1. Inleiding

Naast de zorgen van de vermogensrechtelijke zekerheid van het gehandicapte kind is het voor ouders al even belangrijk om de rechten en het statuut van het kind veilig te stellen.

Voorheen bestonden er verschillende statuten om meerderjarige personen te vertegenwoordigen en/of te beschermen.

Deze statuten waren echter vaak bijzonder complex, verouderd en al zeker niet in overeenstemming met het VN- Verdrag van 2006.

België ging in de aanpassing van de wetgeving inzake bescherming van kwetsbare meerderjarigen met ingang van 1 september 2014 nog een stap verder dan de loutere invoering van de rechterlijke beschermingsmaatregelen.

Ze maakte haar wetgeving ook in overeenstemming met de nieuwe kijk op personen met een handicap zoals verwoord in het VN- Verdrag van 2006²⁷².

De Belgische wetgever voorzag naast de gerechtelijke bescherming ook de mogelijkheid om een buitengerechtelijke bescherming in te richten.

Vertrekkend vanuit het principe van de subsidiariteit gaf men zelfs de voorkeur aan die buitengerechtelijke bescherming boven de rechterlijke bescherming²⁷³.

Het luik van de buitengerechtelijke bescherming van de wet inzake bewind is misschien een aspect dat minder thuishoort bij de familiale vermogensplanning voor ouders met een mentaal gehandicapt kind, toch mag men het belang van dit deel van de wet inzake bewind niet onderschatten.

Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarbij een kind meerderjarig wordt en de lastgevingsovereenkomst opstelt en korte tijd later door een ongeval mentaal gehandicapt wordt. In dergelijke gevallen kan de lastgeving een oplossing bieden.

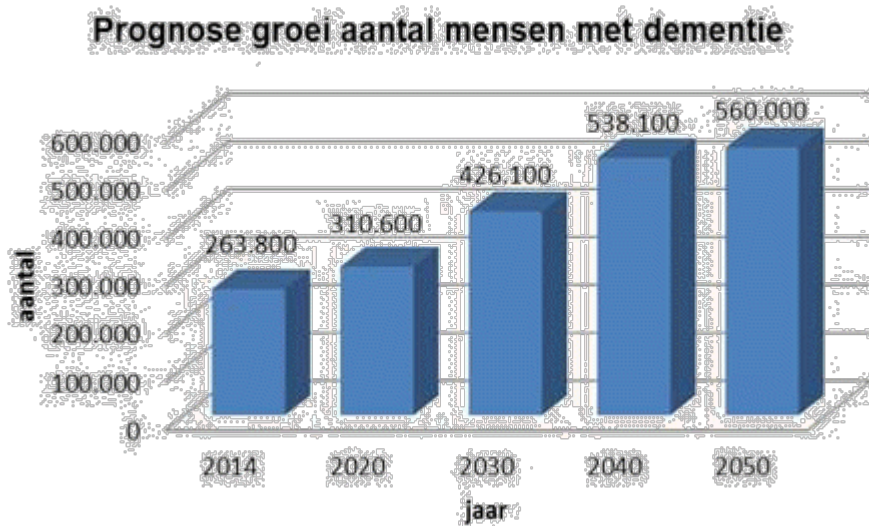
De buitengerechtelijke bescherming zal niet alleen voor meerderjarige gehandicapte kinderen een oplossing bieden, maar ook een oplossing bieden voor de andere gevallen waarin men wilsonbekwaam wordt²⁷⁴.

²⁷² *Parl.St.* 2010-11, nr. 53-1009/001, 5 en 21.

²⁷³ Art 492 BW.

²⁷⁴ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, " Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013, *T. Fam.* 2014, 64- 68.

Gelet op de toenemende vergrijzing van onze samenleving en de steeds meer voorkomende ziekten als Dementie en Alzheimer, kan de lastgevingsovereenkomst heel wat soelaas bieden. Waar deze personen vroeger door de vrederechter als wilsonbekwaam werden beschouwd, blijven deze onder de wet inzake bewind nog steeds juridisch bekwaam, maar is er toch iemand die hun goederen beheert zoals een goede huisvader.



275

Door tijdig een volledige lastgevingsovereenkomst op te stellen, heeft men natuurlijk zelf ook een grotere inspraak over wie zijn belangen zal vertegenwoordigen als men daar zelf niet langer toe in staat is²⁷⁶.

Naast de grote autonomie die de lastgevingsovereenkomst biedt, wordt ook het justitiesysteem ontlast. Dit brengt een minder grote kost voor de overheid met zich mee.

De vrederechter zal zich kunnen focussen op de gevallen waar de buitengerechtelijke bescherming niet (langer) voldoende is en een rechterlijke beschermingsmaatregel bijgevolg noodzakelijk is.

10.2. Kenmerken van de buitengerechtelijke bescherming

10.2.1. Lastgeving

De buitengerechtelijke bescherming is gebaseerd op de lastgevingsovereenkomst voor de goederen die zich in het vermogen van de lastgever bevinden op het ogenblik dat de overeenkomst wordt gesloten voor het moment waarin deze niet langer in staat is de draagwijdte van zijn handelingen in te schatten of zich in een staat van verkwisting bevindt.

²⁷⁵ www.btsg.nl/infobulletin/dementie/prognose%20dementie.html (consultatie 16 april 2015)

²⁷⁶ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013, *T. Fam.* 2014, 64-68.

Deze lastgeving kan algemeen zijn (en slaan op alle goederen) of bijzonder (enkel met betrekking tot welbepaalde goederen).²⁷⁷

In beginsel is dit geen nieuwe praktijk. Ook voor de invoering van de wet van 17 maart 2013 kon men zich al beroepen op de lastgevingsovereenkomst om het vermogen te laten beheren door de lasthebber voor het moment dat men niet langer in staat is dit zelf te doen. De lastgeving eindigde niet door het feit dat men als wilsonbekwaam werd bevonden. Men moest wel preciseren in de lastgevingsovereenkomst dat deze bleef verder bestaan, ook als men zich in een toestand van wilsonbekwaamheid bevond. Toch ging men er echter van uit dat de buitengerechtigde bescherming eigenlijk niet kon omdat men er van uit ging dat de lastgeving (behoudens andersluidende contractuele bepaling) eindigde wanneer men door de vrederechter als wilsonbekwaam werd bevonden²⁷⁸.

Toch groeide het besef dat de wetgeving aangepast moest worden, het gemene lastgevingsrecht kon niet anticiperen op het feit dat de lastgever geen controle kon uitoefenen op de lastgeving en deze niet kon herroepen. De lastgeving had bovendien geen voorrang op de rechterlijke beschermingsmaatregel. De lastgeving kon niet verhinderen dat er een bewindvoerder werd aangesteld, van zodra de persoon als wilsonbekwaam werd bevonden²⁷⁹.

Het gevolg hiervan was dat art 2003 BW herschreven werd.

“Lastgeving eindigt:

- door herroeping van de volmacht van de lasthebber,
- door opzegging van de lastgeving door de lasthebber,
- door de dood of het kennelijk onvermogen hetzij van de lastgever, hetzij van de lasthebber

Wat de lastgevingen bedoeld in art 489 betreft, ingeval de lastgever komt te verkeren in een staat bedoeld in art 488/1 of 488/2 en de lastgeving niet voldoet aan de eisen bepaald in art 490 en 490/1§ 1.”

De nieuwe versie van het artikel in samenhang met art 490 BW houdt in dat de lastgeving beëindigd wordt wanneer de lastgever niet langer in staat is zijn belangen waar te nemen of zich in een toestand van verkwisting bevindt, tenzij hij de lastgevingsovereenkomst liet registreren bij het Centraal register, waarover later meer.

De buitengerechtigde lastgeving, voorzien in art 490 BW is evenwel enkel van toepassing op:

- wilsbekwame meerderjarige

²⁷⁷ F. SWENNEN, “ De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, afl 568- 572.

²⁷⁸ Interpretatie van het toenmalige art 2003 BW.

²⁷⁹ A. VAN DEN BROECK, “ De buitengerechtigde vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief” *TEP* 2014, afl 1, 77.

- ontvoogde minderjarige persoon waarvoor geen enkele rechterlijke beschermingsmaatregel werd getroffen.

10.2.2. Wilsbekwaamheid

Een belangrijke voorwaarde voor deze lastgevingsovereenkomst is wilsbekwaamheid van de lastgever op het tijdstip van het sluiten van de lastgevingsovereenkomst²⁸⁰. Door de vereiste van wilsbekwaamheid is de lastgeving niet mogelijk in de situatie waarin iemand geboren wordt met een mentale handicap. Om die reden biedt dit luik van de wet inzake bewind niet echt een oplossing voor de familiale vermogensplanning van ouders met een mentaal gehandicapt kind. De lastgevingsovereenkomst kan enkel voor zichzelf afgesloten worden en niet voor een derde (bijvoorbeeld ouders voor hun gehandicapt kind).

10.2.3. Private sfeer

Zoals de naam al doet vermoeden, ligt deze hele rechtsfiguur in de private sfeer en komt er in beginsel geen rechter aan te pas²⁸¹.

Een ander gevolg van de private sfeer waarin de buitengerechtelijke bescherming tot stand komt is dat men zich niet verplicht tot een notaris moet wenden om de lastgevingsovereenkomst te laten opstellen. Mocht men het verplicht maken naar een notaris te stappen, zou de kans groot zijn dat velen van de buitengerechtelijke bescherming afzien. De drempel om een notaris te contacteren kan voor sommigen erg hoog zijn, gelet op de hoge kosten die dit met zich mee kan brengen, wat te betreuren valt, gezien de tussenkomst van de notaris in dat stadium veel problemen zou kunnen voorkomen²⁸².

Men kan verzoeken dat de vrederechter een beslissing neemt over de uitvoering van de lastgeving. De vrederechter beoordeelt de lastgeving met het oog op de bescherming van de belangen van de lastgever. Er is dus enige manoeuvreerruimte voorzien voor de vrederechter²⁸³.

Het feit dat de buitengerechtelijke bescherming volledig wordt geregeld in de private sfeer wil echter niet zeggen dat indien de belangen van de lastgever niet worden nagestreefd door de lasthebber de Staat niet tussenkomt. De rechter heeft enkele middelen om tussen te

²⁸⁰ C. DE WULF, "Nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot beschermingsstatus", *T. Not* 2013, afl 5, 264.

²⁸¹ C. DE WULF, "Nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot beschermingsstatus", *T. Not* 2013, afl 5, 261.

²⁸² A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 84.

²⁸³ K. GIJBELS, "De nieuwe regeling inzake beschermde personen" in X., *Familierecht en familiaal vermogensrecht in beweging*. VLN- Congres 14 december 2013, 38.

komen indien de lasthebber dreigt misbruik te maken van de lastgeving, zonder dat dit de autonomie van de lastgever schendt²⁸⁴.

10.2.4. Registratie

Deze overeenkomst moet verplicht worden geregistreerd²⁸⁵ in het centraal register, dat bijgehouden wordt door de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat.

Dit gebeurt door de neerlegging van de overeenkomst op de griffie van het vredegerecht van de woonplaats van de lastgever. Dit kan zowel door een onderhandse overeenkomst gebeuren als een notariële overeenkomst door de notaris, op verzoek van de lastgever. Bij gebreke aan registratie geldt de specifieke regeling van de buitengerechtelijke bescherming niet.

Door de verplichte registratie, kan de voorrang van de buitengerechtelijke bescherming gewaarborgd worden²⁸⁶. Wanneer de vrederechter wordt gecontacteerd om zich uit te spreken over de noodzaak van een rechterlijke beschermingsmaatregelen betreffende een bepaalde persoon, moet hij er zich eerst van vergewissen dat er nog geen buitengerechtelijke bescherming was ingericht door die persoon zelf. Dit kan eenvoudig door de raadpleging van het register.

De akte van de lastgevingsovereenkomst kan zowel onderhands als authentiek zijn, toch geniet de authentieke akte de voorkeur, zeker wanneer het vermogen onroerend goed bevat²⁸⁷. Gelet op de verplichte registratie van de lastgevingsovereenkomst is een mondelinge lastgevingsovereenkomst niet voldoende. Verder zijn er geen bijzondere vormvereisten²⁸⁸.

Het feit dat er bijna geen vormvereisten zijn, maakt het inderdaad eenvoudiger een lastgevingsovereenkomst op te stellen, maar dit vergemakkelijkt vervalsingen natuurlijk. Het zou misschien beter geweest zijn om bepaalde minimum voorwaarden op te leggen, vergelijkbaar met de geldigheidsvoorwaarden van het testament. Hierbij kan gedacht worden aan de vereiste van eigenhandig geschreven, eigenhandig ondertekend en gedagtekend. We zouden ook een voorbeeld kunnen nemen aan de Engelse wetgeving, waarin de lastgever verplicht wordt een formulier in te vullen. Zo wordt de lastgever verplicht na te denken over welke bevoegdheden hij toekent aan de lasthebber. Dit kan

²⁸⁴ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 99.

²⁸⁵ C. DE WULF, "Nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot beschermingsstatus", *T. Not* 2013, afl 5, 263.

²⁸⁶ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, afl 1, 85.

²⁸⁷ C. DE WULF, "Nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot beschermingsstatus", *T. Not* 2013, afl 5, 255-326.

²⁸⁸ F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, afl 563, 568.

zeker raadzaam in het geval waarin de lastgeving onder de opschortende voorwaarde van handelingsonbekwaamheid wordt ingesteld²⁸⁹.

De notaris ziet er op het moment van het verlijden van de authentieke akte op toe dat de lastgever nog wilsbekwaam is en dat de lastgeving de lastgever ten goede zal komen. Het spreekt voor zich dat iemand die onder gerechtelijke bescherming geplaatst is, niet langer als bekwaam kan worden beschouwd om dergelijke lastgevingsovereenkomst op te stellen²⁹⁰.

Wanneer de lastgever dus niet langer in staat is de draagwijdte van zijn daden in te schatten, zal de vrederechter de lastgeving uitvoerbaar verklaren, volgens de opdracht en de beginselen die van belang zijn voor de lastgever, zoals blijkt uit de authentieke akte²⁹¹.

10.2.5. Inwerkingtreding

De lastgever geeft de opdracht aan de lasthebber dat wanneer de lastgever zich in een toestand van wilsonbekwaamheid of verkwisting bevindt, de lasthebber hem verder zal vertegenwoordigen. De lastgevingsovereenkomst kan echter ook onmiddellijk uitwerking krijgen.

Om redenen van rechtszekerheid wordt best uitdrukkelijk in de lastgevingsovereenkomst bepaald wanneer deze in werking moet treden en hoe de lasthebber moet handelen.

De lastgever bepaalt zelf wie kan bepalen dat de tussenkomst van de lasthebber noodzakelijk is. Hij bepaalt ook zelf op welke manier die persoon de wilsonbekwaamheid moet vaststellen. De lastgever zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat de lasthebber pas mag handelen als een of meerdere artsen hebben vastgesteld dat de gezondheidstoestand van de lastgever het niet langer toelaat zijn belangen te behartigen²⁹².

De informele procedure heeft het grote voordeel dat de lasthebber kan bijspringen waar nodig en er geen medische of gerechtelijke procedures nodig zijn, wanneer men vaststelt dat het oordeelsvermogen van de lastgever afneemt²⁹³.

De wetgever heeft ook voorzien in een facultatieve procedure waarbij de vrederechter op eenieder's verzoek kan vaststellen of de lastgeving in werking moet treden of dat de lastgever nog voldoende bekwaam is om zijn belangen zelf te behartigen²⁹⁴. Deze procedure werd ingericht in een poging om aan de hiervoor vermelde rechtsonzekerheid tegemoet te komen.

²⁸⁹ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 85.

²⁹⁰ Art 490, 1^e lid BW.

²⁹¹ K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *Not. Fisc.M* 2013, 194.

²⁹² C. DE WULF, "Nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot beschermingsstatus", *T. Not* 2013, afl 5, 268.

²⁹³ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 91.

²⁹⁴ Art 490 §2, 1^e lid BW.

De verplichte aanmelding bij de vrederechter van de inwerkingtreding van de lastgeving zou te dicht aanleunen bij de gerechtelijke beschermingsmaatregels. Bovendien wordt door de facultatieve procedure de werklast voor de vrederechters gevoelig minder zwaar²⁹⁵.

De keuze voor dit informele regime is niet zo vanzelfsprekend. Andere landen kozen voor een meer formeel regime, zoals Frankrijk of Zwitserland, waar een officiële instantie vaststelt dat de lastgever niet langer wilsbekwaam is en bijgevolg de lastgeving uitvoerbaar is²⁹⁶. Dit systeem biedt als voordeel dat het niet de lasthebber is die moet oordelen over de intellectuele capaciteiten van de lastgever. De lasthebber zal niet aansprakelijk kunnen gesteld worden, want er wordt precies bepaald vanaf wanneer de lastgeving in werking mag treden²⁹⁷.

10.2.6. Controlemechanismen

Teneinde misbruiken of wanbeheer van de lasthebber te voorkomen, voorziet art 490/2, §1 BW in twee controlemechanismen:

- De lastgever kan in de lastgevingsovereenkomst een derde aanduiden bij wie de lasthebber zich op regelmatige wijze moet verantwoorden.
- De alarmbelprocedure, waarbij de vrederechter, ambtshalve of op verzoek van de lastgever of iedere belanghebbende een lasthebber ad hoc kan aanstellen.

Naast deze maatregelen kan de vrederechter, ambtshalve, hetzij op verzoek van iedere belanghebbende of de procureur des Konings :

- De lastgeving vervangen door een rechterlijke beschermingsmaatregel
- De uitvoering van de lastgeving onderwerpen aan dezelfde vormvereisten als de rechterlijke beschermingsmaatregel.

10.2.7. Lastgeving met betrekking tot de goederen

Zoals hierboven reeds vermeld kan de buitengerechtelijke bescherming enkel betrekking hebben op goederen²⁹⁸. Dit is niet zo vanzelfsprekend. In andere landen, zoals in Duitsland, Engeland of Frankrijk is de buitengerechtelijke bescherming ook mogelijk met betrekking tot de persoon²⁹⁹.

²⁹⁵ A. VAN DEN BROECK, " De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 90.

²⁹⁶ A. VAN DEN BROECK, " De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 89.

²⁹⁷ A. VAN DEN BROECK, " De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 91.

²⁹⁸ Art 489 BW

²⁹⁹ A. VAN DEN BROECK, " De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 78.

Wanneer er ook beschermingsmaatregelen met betrekking tot de persoon vereist zijn, zal men voor de beschermingsmaatregelen in beginsel zijn toevlucht moeten nemen tot de gerechtelijke bescherming en zal een bewindvoerder met betrekking tot de persoon moeten aangesteld worden.

Men kan ook terugvallen op de regels van het gemeen recht. De beëindiging van de lastgeving volgens art 2003 BW slaat enkel op de vertegenwoordiging met betrekking tot de goederen. Naast het gemene recht kan er ook in specifieke wetten voorzien worden in de vertegenwoordiging van de persoon. Hierbij kunnen we denken aan de Wet Patiëntenrechten³⁰⁰.

De Belgische wetgever achtte het niet opportuun om de buitengerechtelijke bescherming ook toe te staan met betrekking tot de persoon. De wetgever besliste dat de beide soorten rechtshandelingen niet onder hetzelfde regime mochten vallen. De rechtshandelingen met betrekking tot de persoon kunnen zeer ingrijpend zijn en daarom zou er volgens de wetgever rechtshandeling per rechtshandeling moeten geoordeeld worden of dit de belangen van de persoon niet kan schaden³⁰¹.

Toch gaan stemmen op in de rechtsleer om de buitengerechtelijke bescherming uit te breiden tot materies die ook de persoon betreffen. Het grote voordeel hiervan zou zijn dat een persoon met slechts één volmacht in een volledige juridische bescherming kan voorzien³⁰².

10.2.8. Bezoldiging

De lastgeving is in beginsel onbezoldigd. Van dit principe kan evenwel afgeweken worden in de overeenkomst zelf. De lastgever wordt uiteraard wel vergoed voor de gemaakte kosten³⁰³.

10.2.9. Keuze van de lasthebber

In beginsel kan de lastgever vrij een lasthebber naar zijn eigen keuze aanstellen. Hierop zijn enkele uitzonderingen voorzien.

Zo mag de lasthebber zelf niet onder een rechterlijke beschermingsmaatregel staan, mag hij geen bewindvoerder zijn, enzovoort³⁰⁴. Art 490/1§1, 1^e en 2^e lid BW geeft een opsomming van de personen die geen lasthebber mogen zijn.

De wetgever voorzag deze beperkingen om misbruik of belangenconflicten te vermijden.

³⁰⁰ *Parl.St.* 2011-12, 53-1009/010, 37.

³⁰¹ *Parl.St.* 2011-12, 53-1009/010, 37.

³⁰² A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 78.

³⁰³ Art 490/2, §1, 1^e lid BW.

³⁰⁴ K. GIJBELS, "De nieuwe regeling inzake beschermde personen" in X., *Familierecht en familiaal vermogensrecht in beweging*. VLN- Congres 14 december 2013, 50- 51.

10.2.10. **Bevoegdheden van de lasthebber**

De lastgever is in beginsel vrij om te bepalen hoever de bevoegdheid van de lasthebber gaat. Hij mag alle rechtshandelingen toewijzen die voor conventionele vertegenwoordiging in aanmerking komen. Uiterst persoonlijke rechtshandelingen, zoals het opmaken van een testament, kunnen echter niet overgelaten worden aan de lasthebber³⁰⁵.

De lasthebber moet op regelmatige basis overleg plegen met de lastgever over de verrichte handelingen. Het kan ook zijn dat een door de lastgevingsovereenkomst aangeduide derde ook op de hoogte moet gebracht worden van de rechtshandelingen die de lasthebber stelde³⁰⁶.

De lasthebber moet bij het uitvoeren van de lastgeving de gelden en de middelen die de lastgever hiervoor ter beschikking stelde, duidelijk afgescheiden houden van zijn vermogen³⁰⁷.

10.2.11. **Beëindiging van de lastgeving**

De lastgevingsovereenkomst kan op elk moment worden beëindigd, zolang er geen rechterlijke beschermingsmaatregelen zijn uitgevaardigd. Om de overeenkomst te beëindigen, moet dit schriftelijk gemeld worden op de griffie van het vreedegerecht of aan een notaris. Bij deze schriftelijke vermelding moeten de redenen opgegeven worden waarom men ervoor koos om de lastgevingsovereenkomst stop te zetten. Ook de vrederechter kan beslissen dat de lastgeving moet stopgezet worden wanneer de belangen van de lastgever in het gedrang komen. Wanneer de toestand van de lastgever verergert, kan een gerechtelijke beschermingsmaatregel noodzakelijk worden en zal de buitengerechtelijke bescherming vervallen.

Als een van de partijen overlijdt, komt de lastgevingsovereenkomst ook ten einde³⁰⁸.

10.2.12. **Nadelen van de lastgeving**

Aan de buitengerechtelijke bescherming zijn ook nadelen verbonden.

Door de lastgevingsovereenkomst wordt de lastgever niet handelingsonbekwaam. Hij kan nog steeds alle rechtshandelingen zelf stellen, dus ook die welke de vermogenstoestand van de lastgever ernstig in het gedrang kunnen brengen. Als men merkt dat de lastgever zich mogelijks zal kunnen verarmen, omdat hij de draagwijdte van zijn handelingen niet langer op voldoende wijze kan inschatten, zal men toch zijn toevlucht moeten nemen tot de gerechtelijke bescherming, zoals hierboven reeds werd vermeld.

³⁰⁵ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief" *TEP* 2014, afl 1, 88.

³⁰⁶ Art 490/2, §1, 3^e lid BW.

³⁰⁷ Art 490/2, §1, 5^e lid BW.

³⁰⁸ Art 490/2 §3 BW.

Deze alarmbelprocedure³⁰⁹ houdt in dat de vrederechter beslist dat de lastgeving geheel of gedeeltelijk moet stopgezet worden en gerechtelijke bescherming noodzakelijk is. Nadat deze gerechtelijke beschermingsmaatregel werd ingesteld, kan de schadelijke rechtshandeling die werd gesteld nadat de lastgevingsovereenkomst in werking trad, nietig worden verklaard^{310 311}.

Naast het feit dat de maatregelen tegen het wanbeheer van de lastgever eerder beperkt zijn, is er ook geen publiciteitsvereiste voor de lastgevingsovereenkomst. Dit betekent ook dat men aan derden te goeder trouw de staat van wilsonbekwaamheid of verkwisting niet kan tegenwerpen³¹².

De regeling die hierboven werd uiteengezet omschrijft enkel die buitengerechtelijke maatregelen die de betrokkene zelf kan nemen. Hij is echter niet de enige die preventief kan optreden. Soms worden ook maatregelen genomen door ouders of een ander lid van de naaste omgeving. Men neemt maatregelen om tegemoet te komen aan andere belangen dan de vertegenwoordiging voor de goederen van lastgever. Zo wil men tegemoetkomen aan onder andere het zorgprobleem of het bestuursprobleem. Op deze problemen werd in deze masterproef reeds uitgebreid ingegaan.

10.3. Buitengerechtelijke bescherming via stichting

10.3.1. Buitengerechtelijke bescherming via private stichting

Ook de wetgever was zich er sterk van bewust dat zij met het luik van de buitengerechtelijke bescherming enorme mogelijkheden bood aan mensen om hun toekomst verder te regelen, wanneer zij hier niet langer toe in staat zijn of zich in een toestand van verkwisting bevinden. Om deze manier van vermogensplanning nog meer mogelijkheden te bieden, dienden de heer Raf Terwingen, mevrouw Sonja Becq en de heer Servais Verstraeten op 15 september 2014 een wetsvoorstel in om deze buitengerechtelijke bescherming ook mogelijk te maken in de vorm van een stichting.

Met dit wetsvoorstel wilde Terwingen ook de problemen die zich in verband met de private stichting stelden, aanpakken om zo nog meer mensen aan te moedigen over te gaan tot de oprichting van een stichting voor hun vermogensplanning.

³⁰⁹ Art 490/2 §2 BW.

³¹⁰ WUYTS, T., "Onbekwamen in het vermogensrecht" in R. BARBAIX en N. CARETTE, *Tendensen vermogensrecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 105.

³¹¹ Art 493/2 BW.

³¹² WUYTS, T., "Onbekwamen in het vermogensrecht" in R. BARBAIX en N. CARETTE, *Tendensen vermogensrecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 105.

De praktijk leert dat de erfrechtelijke beperkingen (en dan specifiek het voorbehouden erfdeel) en het risico op misbruik van het bestuur de voornaamste redenen zijn waarom mensen eerder twijfelachtig staan tegenover de stichting, zoals reeds eerder aangehaald.

10.3.2. Buitengerechtelijke bescherming via stichting van openbaar nut

Met de toenemende vergrijzing dringt de noodzaak zich meer en meer op een regeling te treffen voor het geval men niet langer wilsbekwaam is.

Hoe ouder men wordt, hoe geïsoleerder men dreigt te worden en hoe minder vanzelfsprekend de mogelijkheid om een privaat sociaal netwerk op te richten wordt. Met elk familielid dat wegvalt, vallen mogelijkheden voor het uitbouwen van je sociale netwerk weg.

Sommige mensen hebben op een bepaald punt geen familieleden meer om op terug te vallen.

De private stichting, waarvan eerder sprake, zal bijgevolg niet altijd voldoende zijn. Deze vereist immers veel engagement van mensen rond de persoon.

Het kan ook voor oudere mensen moeilijk zijn om iemand te vinden die bereid is de opdracht van lasthebber op zich te nemen. Zeker wanneer die oudere persoon zelf geen kinderen heeft en de meeste van de personen rond hem, van dezelfde generatie als die persoon zijn.

Kan die oudere persoon dan enkel hopen dat de vrederechter die de bewindvoerder aanstelt, iemand aanstelt die rekening houdt met de wensen van die persoon?

Vaak zal die aangeduide bewindvoerder een derde zijn, anders zou de aanstelling van een bewindvoerder voor iemand die bezig is met zijn zorg- en vermogensplanning niet nodig zijn en zou men volledig kunnen terugvallen op het luik van de buitengerechtelijke bescherming van de nieuwe wet inzake bewind.

Voor deze mensen kan de stichting van openbaar nut een oplossing betekenen.

Deze stichtingen van openbaar nut, zoals de AXIS- stichting, voorzien in de mogelijkheid om autonome en gepersonaliseerde structuren op te richten. In de statuten van deze stichtingen moet dan uitdrukkelijk vermeld worden dat ze voorzien in die structuren.

Ze voorzien namelijk in de omkadering van een beslissings- en besturingscomité. Dit comité dient nog altijd zelf samengesteld te worden, maar door de overkoepelende ondersteuning en omkadering die wordt geboden vanuit de stichting van openbaar nut, zal de drempel om toe te treden minder hoog worden.

Mensen die wensen gebruik te maken van deze mogelijkheid, dienen te participeren via een fonds op naam.

A. AXIS- stichting

Bij wijze van voorbeeld wordt in dit deel de werking van de AXIS- stichting van dichterbij bekeken³¹³.

Deze stichting van openbaar nut is opgericht voor mensen die hierin fondsen willen onderbrengen voor personen die niet in staat zijn hun eigen vermogen te beheren. Voor elk van die personen wordt een fonds op naam opgericht. Dit fonds wordt specifiek aangewend om te voorzien in de noden van de persoon ten voordele van wie het fonds is opgericht.

Het Fonds op naam wordt bestuurd door drie bestuurders. Men moet zelf voorzien in de aanduiding van twee bestuurders. De AXIS-stichting levert zelf nog een externe toezichthouder. Deze toezichthouder moet erop toezien dat het fonds wordt aangewend volgens de wensen en verwachtingen die men koesterde bij de oprichting van dergelijk fonds.

Volgens AXIS is hun stichting van openbaar nut uniek op twee vlakken.

Enerzijds is er geen vereiste minimuminbreng die dient volstort te worden. Bij andere stichtingen van openbaar nut, waarbij de Koning Boudewijnstichting de bekendste is, is er wel die vereiste van een bepaalde minimuminbreng.

AXIS wil hier elke financiële drempel voor het oprichten van een fonds op naam wegnemen. Anderzijds wordt het saldo dat overblijft na het overlijden van het gehandicapte kind toegekend aan iemand die men zelf kan aanduiden bij aanvang van het fonds op naam (exitstrategie).

AXIS is van mening dat de stichting de “eenvoudigste” oplossing was. De grote voordelen van de stichting worden hierna behandeld.

- Een stichting heeft geen aandeelhouders. Dit brengt met zich mee dat ingeval de stichting ontbonden wordt, er niemand is die recht heeft op het resterende saldo dat de stichting had. Dit saldo zal aan een instelling met een gelijkaardig goed doel moeten toekomen³¹⁴.
- De stichting van AXIS is erkend als een stichting van openbaar nut. Opdat een stichting erkend kan worden als een stichting van openbaar nut moet de overheid al de akten en personen die betrokken³¹⁵ zijn in de oprichting nakijken en als betrouwbaar kwalificeren.

Een bijkomend voordeel van deze erkenning is dat derden giften kunnen doen aan de stichting en de stichting hiervoor attesten kan uitschrijven die ervoor zorgen dat de gift fiscaal aftrekbaar wordt.

³¹³ <http://www.axisfinance.be/nl/axis-stichting-340.htm> (consultatie 29 maart 2015)

³¹⁴ A. VAN DEN BOSSCHE en D. COVELIERS, “ De Belgische private stichting herbekeken” in X., *Patrimonium*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 309.

³¹⁵ <http://www.kbs-frb.be/content.aspx?id=291282&langtype=2067> (consultatie 6 mei 2015).

Wanneer de AXIS- stichting misbruik zou maken van haar erkenning, wordt deze onmiddellijk ingetrokken.

- Elk fonds op naam wordt beheerd door de mensen die men zelf aanstelde. Deze mensen hebben toegang tot alle informatie met betrekking tot dat fonds op naam, maar ze hebben geen inzage recht in andere fondsen op naam.

De beheerders van de stichting mogen geen vergoedingen krijgen uit de stichting. Door deze stichtingen kan het bezoldigingsprobleem, waarvan eerder sprake, zich niet stellen.

11. Capita selecta bij de bespreking van de nieuwe wet inzake bewind

11.1. Inleiding

Bij het overwegen om gerechtelijke bescherming in te schakelen om mee te voorzien in de familiale vermogensplanning voor ouders van een mentaal gehandicapt kind moeten ook nog bepaalde facetten van de nieuwe wet inzake bewind in oogmerk genomen worden.

11.2. Privacy van de beschermde persoon

Volgens de wet inzake bewind wordt de beschermingsmaatregel bekend gemaakt in het Belgisch Staatsblad en kan zij pas vanaf dan uitwerking hebben³¹⁶.

Reeds onder de oude wetgeving was men zich bewust van de mogelijke schadelijke gevolgen die dergelijke bekendmaking met zich mee kan brengen.

Bij de voorlopige bewindvoering was voorzien in een uitzondering op de bekendmaking. In het toenmalige art 488 bis §2 BW was voorzien dat de beslissing in bepaalde gevallen niet moest gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad, maar dat de vrederechter kon bepalen aan welke personen de beslissing over het voorlopig bewind moest mede gedeeld worden.

Bij het uitwerken van de nieuwe wet inzake bewind was de wetgever er zich bewust van dat het een moeilijke evenwichtsuitoefening zou worden tussen enerzijds het respect voor de privacy van de beschermde persoon en anderzijds de rechtszekerheid.

Gelet op het maatwerk dat vandaag aan de dag dient gelegd te worden door de vrederechter, is het als wederpartij van de beschermde partij niet voldoende vast te stellen dat die persoon onder bescherming is geplaatst, maar moet men ook kunnen nagaan welke handelingen hij alleen mag stellen, voor welke handelingen hij bijstand nodig heeft en voor welke handelingen de vertegenwoordiger zal moeten optreden.

Hoe deze evenwichtsuitoefening zich zal manifesteren, zal de praktijk verder moeten uitwijzen.

In de huidige wetgeving is voorzien dat de beschermingsmaatregel binnen de 15 dagen nadat de bewindvoerder zijn opdracht heeft aanvaard, moet gepubliceerd worden³¹⁷ in het Belgisch Staatsblad³¹⁸.

De ideale oplossing zou zijn dat een Belgisch register wordt ingevoerd waarbij de belanghebbenden de relevante informatie vinden over hun potentiële medecontractant.

³¹⁶ Art 492/3 BW.

³¹⁷ C. DE WULF, "Nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot beschermingsstatus", *T. Not* 2013, afl 5, 298.

³¹⁸ Art 1249/1 Ger. W.

Maar er zou ook een soort van sluis moeten ingevoerd worden die misbruik van de ingewonnen informatie voorkomt.

Om dergelijk systeem concreet uit te werken zijn heel wat middelen nodig.

Ten eerste moet een dergelijk softwaresysteem opgericht worden, voorzien in een databank met alle gegevens van personen die onder een beschermingsmaatregel geplaatst zijn.

Naast de technische uitdaging van dergelijk register zal het ook moeilijk zijn om te bepalen wanneer je recht hebt op inzage in die informatie. Het kan niet de bedoeling zijn dat het mogelijk wordt om over elke minieme kans tot het sluiten van een contract met een bepaalde persoon, die persoon na te trekken in de databank, anders zal het register niet veel voordeel bieden voor de privacybescherming ten opzichte van de publicatie in het Belgisch Staatsblad.

Vervolgens moet nog worden bepaald wie nu beslist dat een persoon recht heeft op informatie over een andere persoon. Het zou al te gemakkelijk zijn om dit ook in het takenpakket van de vrederechter op te nemen.

Vrederechters zijn nu al van mening dat de werkdruk gevoelig toegenomen is door de invoering van de nieuwe wet. Als ook deze taak aan hen wordt toevertrouwd, zouden de vrederechters wel eens kunnen protesteren, of erger hun taak niet langer nauwkeurig en concreet uitvoeren, maar vervallen in een standaardprocedure, waarbij zij niet langer oog hebben voor de persoon die voor hen staat en de specifieke omstandigheden.

Ook voor diegene die de informatie nodig heeft, is het niet praktisch zich telkens tot de vrederechter te moeten wenden. Mensen zullen minder snel bereid zijn een contract af te sluiten met iemand die zij niet goed kennen.

11.3. **Professionele bewindvoerder**

De wetgever prefereert als bewindvoerder iemand die de beschermde persoon kent. Deze personen worden immers geacht de belangen en wensen van het gehandicapte kind het best te kunnen behartigen³¹⁹.

Om die redenen besliste de wetgever dat het wetgevend kader geen hindernis mag vormen om de taak van bewindvoering op zich te nemen.

Om een familiale vermogensplanning te stimuleren, voorziet art 496/3 BW in een uitbreiding van de mogelijke familiale bewindvoerders. De opvallendste uitbreiding is zeker die van de private stichting.

De aanstelling van een professionele bewindvoerder moet een uitzondering blijven³²⁰. Om dit te bekomen, poogde de wetgever voldoende wettelijke waarborgen in te bouwen. De vrederechter moet de keuze voor de professionele bewindvoerder verantwoorden. Daarnaast voorziet de wetgever ook in modellen van bewindvoering. Door die modellen

³¹⁹ Verantwoording bij amendement nr 67, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr 53K3149/004, 56.

³²⁰ *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr 53K1009/010, 66.

moeten de potentiële familiale bewindvoerders meer vertrouwen krijgen in zichzelf om de juridische verplichtingen op zich te nemen.

De aanduiding van een derde als bewindvoerder kan enkel verantwoord worden als er geen naasten beschikbaar of bereid zijn om het bewind op zich te nemen. Een andere verantwoording voor de aanstelling van een derde als bewindvoerder is de complexiteit van het bewind.

Ook bij de keuze van de bewindvoerder zien we de rode draad uit het VN- verdrag van 2006 terugkomen. Autonomie en subsidiariteit staan centraal. De vrederechter moet bij de aanduiding van de bewindvoerder rekening houden met de mening en de levensomstandigheden van de beschermde persoon³²¹.

Zoals reeds vermeld kan niemand verplicht worden de opdracht van het bewind op zich te nemen³²². De tendens is dan ook dat families toch eerder geneigd zijn om een professionele bewindvoerder in te schakelen.

Ondanks de bekommernissen van de wetgever om de drempel zo laag mogelijk te houden, brengt het bewind vele verplichtingen met zich mee en is het vrij moeilijk om iemand uit de nabije omgeving te vinden die hiertoe bereid is. De ouders zullen natuurlijk in de mate van het mogelijke wel altijd bereid zijn die bewindvoering op zich te nemen. Voor hen zijn die verplichtingen bovendien ook lichter gemaakt³²³. De wetgever gaat er van uit dat ouders alles in het werk zullen stellen om het welzijn van hun kinderen te beschermen.

In het kader van de familiale vermogensplanning voor ouders met een mentaal gehandicapt is die opvolging van de bewindvoering net van cruciaal belang.

Vanuit die bezorgdheid zullen heel wat ouders toch kiezen voor een professionele bewindvoerder.

Het valt uiterst te betreuren dat gedurende de werking van het voorlopig bewind niet werd bijgehouden in welke mate ouders eerder beroep doen op een professionele bewindvoerder, dan wel opteerden voor een familiale bewindvoering. De statistieken van de hoven en rechtbanken bevatten enkel informatie over het aantal verzoeken, maar bevatten geen cijfergegevens over de inhoudelijke beslissingen die hieromtrent genomen zijn³²⁴.

Het lijkt me aangewezen dat over de bewindvoering nu wel inhoudelijk cijfermateriaal bijgehouden wordt over de nodige inhoudelijke beslissingen, zodat men bij de evaluatie van de wet inzake bewind kan bijsturen en de professionele bewindvoering niet langer als een uitzondering moet beschouwen.

³²¹ S. MOSSELMANS, A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen in het licht van de wet van 17 maart 2013" in I. BOONE (ed), *Actualia Familierecht 2014-2015*, Brugge, Die Keure, 2015, 111-112.

³²² Art 496/5 BW.

³²³ 500- 500/4 BW.

³²⁴ *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 10 juni 2013, (Vr. nr 5- 9282 B. ANCIÉUX).

Het kan voor een gehandicapt kind moeilijk te aanvaarden zijn dat bijvoorbeeld zijn zus zijn vermogen zal beheren.

De wetgever was zich wel bewust van deze mogelijke tendens en voorzag een beperking van het aantal personen dat die professionele bewindvoerder onder zich mag hebben. Het precieze aantal moet nog gespecificeerd worden bij KB.

Het aanstellen van een professionele bewindvoerder brengt met zich mee dat de bewindvoerder normaal niet emotioneel verbonden is met het gehandicapte kind. De bewindvoerder zal dan wellicht ook minder betrokken worden bij het dagelijkse leven van het gehandicapte kind en zal zich beperken tot de minimale taken van de bewindvoering, zoals het neerleggen van de rekeningen, ...³²⁵

Ouders hebben door de aanstelling van een professionele bewindvoerder wel de zekerheid dat het bewind op een correcte manier gevoerd zal worden, net omwille van die emotionele onafhankelijkheid.

Het zal voor het gehandicapte kind wellicht ook minder moeilijk te aanvaarden worden dat een professionele bewindvoerder, met academische bagage, zijn vermogen beheert en bestuurt en instaat voor zijn bijstand of vertegenwoordiging in het rechtsverkeer dan bijvoorbeeld een broer of zus die in principe een gelijke kennis van het recht heeft als het gehandicapte kind zelf.

Dan blijft nog de vraag of er dan niet een te grote kloof dreigt te ontstaan tussen het gehandicapte kind en de bewindvoerder. Zal het bewind dan nog op maat van het gehandicapte kind kunnen gemaakt worden? Men kan immers moeilijk verwachten van de professionele bewindvoerder het gehandicapte kind door en door kent.

Volgens mij kan men best de vertrouwenspersoon betrekken om die afstand te overbruggen. De ouders zouden dan een naaste of familielid kunnen aanstellen als de vertrouwenspersoon, die dan mee zal instaan voor de contacten met de bewindvoerder en die tijdig contact kan opnemen met de bewindvoerder als dit nodig zou zijn. De vertrouwenspersoon kan de bewindvoerder ook op de hoogte houden van de evolutie van het gehandicapte kind.

Op die manier zal het bewind nog steeds op maat van het gehandicapte kind georganiseerd worden en blijft er toch nog familie ingeschakeld in de organisatie. Deze familie kent het kind inderdaad goed en is het best geplaatst om de specifieke belangen van het kind waar te nemen, maar zal geen macht kunnen uitoefenen over diens vermogen, waardoor mijns inziens tegemoet kan gekomen worden aan de psychologische impact van het aanstellen van een familielid als bewindvoerder.

³²⁵ Art. 499/14 BW.

Misschien moet de wetgever het aanstellen van een familiale bewindvoerder niet zo aanmoedigen maar de realiteit inzien en beseffen dat er in concreto nog heel wat juridische drempels zijn, waar de modale mens geen weg mee weet.

12. Besluit

Met de inwerkingtreding van de nieuwe wet inzake bewind zijn er op het vlak van de familiale vermogensplanning voor ouders met een mentaal gehandicapt kind zeker een aantal zaken veranderd. Het spreekt voor zich dat met de invoering van één nieuwe wet niet alle kaarten van de familiale vermogensplanning herschikt zijn.

Deze wet komt vooral tegemoet aan de problemen die kunnen rijzen met de planning van de verzorging van het kind en de besturing van diens vermogen.

Men kan ervoor opteren zich te beperken tot het onder het bewind laten plaatsen van het gehandicapte kind. In dat geval wordt er een bewindvoerder toegewezen die de belangen van het gehandicapte kind zal vertegenwoordigen of het kind zal bijstaan tijdens het behartigen van zijn belangen. De bewindvoerder zal moeten instaan voor de verzorging van het kind en erop toezien dat het vermogen zo goed mogelijk aangewend wordt om te voorzien in de verzorging.

De rode draad van subsidiariteit en proportionaliteit die terug te vinden is doorheen de gehele wetgeving inzake bewind zal ervoor zorgen dat de autonomie van het kind zoveel als mogelijk behouden blijft.

Het is de bedoeling van de nieuwe wetgeving dat er rekening wordt gehouden met de capaciteiten van het gehandicapte kind en hem op die manier maximaal verder kan laten ontwikkelen. Dit zijn nobele gedachten, de mate waarin dit zich zal vertalen in de praktijk valt natuurlijk nog af te wachten. Veel hangt natuurlijk ook af van de persoon van de bewindvoerder en in welke mate hij die opdracht intensief uitvoert.

Gelet op het feit dat de bewindvoerder in functie zelf onder bepaalde voorwaarden een verklaring van voorkeur met betrekking tot zijn opvolger kan opstellen is een grote stap voorwaarts. Ouders kunnen zelf de volgens hen meest geschikte opvolger aanduiden en zo gerust zijn over de toekomst van hun kind.

De voorkeur voor een familiale bewindvoerder kan volgens mij in vraag gesteld worden.

Het lijkt me meer aangewezen om de voorkeur te geven aan een professionele bewindvoerder. Daarnaast wordt een centrale rol toegekend aan de vertrouwenspersoon. Zo wordt de last van het bewind toch al enigszins verlicht en zal het aantrekkelijker worden die taak op zich te nemen. De juridische verplichtingen van het bewind komen in dat geval toe aan de professionele bewindvoerder, terwijl de vertrouwenspersoon kan instaan voor persoonlijke ontwikkeling van het kind.

Wanneer men die inmenging van een professionele bewindvoerder in het gezin toch niet helemaal ziet zitten, kan er ook geopteerd worden om een familiale bewindvoerder aan te stellen voor de persoon en een professionele bewindvoerder voor de goederen van het gehandicapte kind. Op die manier kan de familie, of toch minstens de familiale

bewindvoerder, over de meest ingrijpende ethische kwesties zelf beslissen. De rechtshandelingen met betrekking tot de goederen zullen meestal ethisch minder zwaar vallen.

Men kan ook concrete regelingen treffen op het vlak van vermogensplanning. Hierbij denken we eerst en vooral aan de figuren van schenking of legaat onder last. Dergelijke figuren zullen echter niet altijd sluitende oplossingen bieden.

Ofwel gaat men er in deze oplossingen van uit dat het gehandicapte kind eerst zal overlijden ofwel is er een risico op een belangenconflict met degene die zijn/haar vermogen gaan beheren/erven. Zij kunnen echter wel als onderdeel in een bredere strategie worden ingezet. Wanneer men wil vermijden dat het gehandicapte kind onder bewind wordt geplaatst, zal de medewerking van het kind vereist zijn.

Ouders kunnen ook kiezen voor allesomvattende structuren, hierbij denken we in eerste instantie aan de private stichting. Al zijn er natuurlijk nog andere alternatieven denkbaar, zoals een trust. De trust is echter niet zo een efficiënte structuur omdat ze specifieke kennis vereist en niet zo gangbaar is in onze vermogensplanningen en derhalve nog veel rechtsonzekerheden bevat (zoals het fiscaal luik).

Door de oprichting van een private stichting kunnen alle facetten van de familiale vermogensplanning voor ouders met een mentaal gehandicapt kind worden aangepakt.

Wanneer we echter denken aan de private stichting denken we ook onmiddellijk aan kapitaalkrachtige gezinnen. Het klopt dat de oprichting van een private stichting behoorlijk wat kosten met zich meebrengt en dus eerder geschikt zal zijn voor de meer vermogende gezinnen.

Toch wil de wetgever de private stichting aantrekkelijker maken, zoals blijkt uit het voorgelegde wetsvoorstel dat eerder werd aangehaald³²⁶.

De wetgever was zich bewust van de vele mogelijkheden die de private stichting bood en wou een alternatief bieden aan minder kapitaalkrachtige gezinnen dat zo dicht mogelijk aansloot bij de private stichting. Men vond dit alternatief in de vorm van een fonds op naam in een stichting van openbaar nut.

Natuurlijk vragen beide vormen van stichtingen wel een zeer zware inspanning van de ouders.

Bij een private stichting maken de ouders er een levenswerk van om een netwerk rond de beperkte persoon te creëren zodat niet alleen het financieel/fiscale probleem is opgelost, maar zeker, en veel meer dan het eerste, de zorg. Niet iedereen heeft echter de middelen om zo iets op te richten, zoals eerder vermeld.

³²⁶ Zie onder rubriek 9.2.8.

Bij een stichting van openbaar nut proberen de oprichters een netwerk met diverse zorgverenigingen te organiseren, zodat ze uiteindelijk tot een figuur komen die zowel in een oplossing voor het financiële/fiscale voorziet als de zorg en bovendien ook de opvolging kan garanderen.

Helaas zijn het niet alleen de ouders die kunnen beslissen dat hun kind beter onder bewind wordt geplaatst. Elke belanghebbende derde kan hiertoe een vordering instellen bij de vrederechter. De maatregelen van de ouders om het kind niet onder bewind te laten plaatsen kunnen bijvoorbeeld volledig onderuit gehaald worden door een broer of zus van het gehandicapte kind.

Het kan daarom aangewezen zijn om voor het gehandicapte kind reeds een verklaring van voorkeur op te stellen over de keuze van een bewindvoerder. Het gehandicapte kind kan dit doen zolang het nog niet onder bewind werd geplaatst. Dit is dus enkel een mogelijkheid voor kinderen die niet geboren zijn met een bepaalde afwijking.

Wanneer de kinderen niet bekwaam zijn om dergelijke verklaring van voorkeur af te leggen, moeten de ouders nog niet echt vrezen. De vrederechter zal bij voorkeur beide ouders aanstellen als bewindvoerder van het gehandicapte kind. Onder de vorige wetgeving kon de vrederechter enkel de beide ouders aanstellen wanneer het kind onder verlengde minderjarigheid werd geplaatst, zoals eerder vermeld.

De ouders kunnen dan als opvolger van hun bewindvoering de private stichting, die ze hiervoor hebben opgericht, aanduiden. Ouders die geen private stichting opgericht hebben maar een fonds op naam, zullen dan hetzelfde resultaat hebben.

Op die manier zal het feitelijk geen verschil uitmaken of het gehandicapte kind onder het bewind geplaatst is of niet. De ouders hoeven zich geen zorgen te maken over de opvolging van hun zorgen voor het kind en moeten geen beroep doen op één van hun andere kinderen die alleen die taak op zich moet nemen. Normaal zal de private stichting of het fonds op naam bestaan uit personen die ze kennen en kunnen vertrouwen. Ze hoeven zich geen zorgen te maken over de toekomst van hun gehandicapte kind. Wanneer de ouders niet langer in staat zijn de verzorging van het kind op zich te nemen, zal de private stichting of het fonds op naam die taak op zich nemen.

13. Bibliografie

13.1. Wetgeving

13.1.1. Verdragen en Europese aanbevelingen

Haags Trustverdrag 1985

Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, gesloten te Den Haag op 1 juli 1985 en in werking getreden op 1 januari 1992

Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Publicatieblad* 16 januari 2001.

VN- Verdrag 13 december 2006 betreffende de rechten van een persoon met een handicap, www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml, .

Principe 5 en 6 recommendation 99 (4) on principles concerning the legal protection of incapable adults.

Recommendtion 09 (11) concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity.

13.1.2. Wetten

Burgerlijk wetboek- 21 maart 1804

Gerechtelijk wetboek- 10 oktober 1967

Wet 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *BS* 27 mei 1981.

Wetboek van inkomstenbelastingen 1992

Wet van 15 juli 1998 betreffende de certificering van effecten, *BS* 5 september 1998.

Wetboek van vennootschappen- 7 mei 1999, *BS* 6 augustus 1999.

Wet 2 mei 2002 betreffende de veregingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en stichtingen, *BS* 11 december 2002.

Wet van 22 augustus 2002 houdende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002.

Wet van 3 mei 2003 Tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *BS* 31 december 2003.

Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* 27 juli 2004.

Wet van 15 juni 2005 tot wijziging van artikel 488bis van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 1727 van het Gerechtelijk Wetboek, *BS* 30 juni 2005.

Wet 13 mei 2009 houdende de instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en met het facultatief protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen te New York op 13 december 2006, *BS* 22 juli 2009.

Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, *BS* 14 juni 2013.

Decreet van 19 december 2014 tot wijziging van de Vlaamse codex van Fiscaliteit van 13 december 2013, *BS* 29 januari 2015.

13.1.3. Voorbereidende werken

MvT *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr 1854/1, 24.

Amendement nr 243 van de regering, *Parl. St.* Senaat 2000-2001, nr 2-283/13, 46.

Vraag nr. 914, *Vr. en Antw.* Kamer 2005-06, nr. 107, p 19924.

Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving inzake de onbekwaamheidsstatuten wat de invoering van een globaal statuut betreft, *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr 52K1356/001.

Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen en het Gerechtelijk wetboek wat het erfdeel van een gehandicapt kind betreft, *Parl. St.* Kamer 2009-2010, nr 52/2600/001.

Parl.St. 2010-11, nr. 53-1009/001, 5 en 21.

MvT, *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr 53K1009/001, 48-49.

Amendement (R. TERWINGEN) op het voorstel van de wet tot invoering van een globaal beschermingsstatuut voor meerderjarige wilsonbekwame personen, *Parl. St.* 2010-11, nr 53K1009/002, 33.

Parl.St. 2011-12, 53-1009/010, 37-66.

Vr. en Antw. Senaat 2012-13, 10 juni 2013, (Vr. nr 5- 9282 B. ANCIEUX).

Verantwoording bij amendement nr 67, *Parl. St. Kamer* 2013-14, nr 53K3149/004, 56.

Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving wat de private stichting als beschermingsmaatregel betreft, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54 252/001, 23p.

13.2. Rechtspraak

Rb. Mechelen (4^e k.) 21 mei 2008, *T. Not.* 2009, 246.

Gent 10 maart 1997, *AFT* 1997, 402.

Rb. Doornik 30 mei 2001, *FJF* 2002, 794.

13.3. Rechtsleer

BAEL, J., "De planning van de nalatenschappen van de ouders van een gehandicapt kind anno 2004" in X. *Familiale vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 407- 528.

BAEL, J., " De nieuwe wettelijke regeling inzake het bewind en de planning van de nalatenschappen van de ouders van een mentaal gehandicapt kind", *T. Not* 2014, 130- 180.

CASTELEIN, C. En DIERYCK, J., " Vermogensplanning voor en door beschermde personen. De nieuwe regeling na de wet van 17 maart 2013" in X., *Bespreking van de wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 251p.
CAUFFMAN, C., "De natuurlijke verbintenis" in L. DE KEYSER, E. DIRIX, C. SLUYTS en A. VAN GELDER (eds), *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 2005, 4.

DE HERT, P., HOEFMANS, A. "Gehandicapten hebben eigen mensenrechtenverdrag", *Juristenkrant* 2007, afl 150, 13.

DE MAREZ, D. en KEIRSBILCK, B., "De maatschap als instrument van successieplanning" in F. HELLEMANS (ed), *Vennootschapsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 1-36.

DE NOLF, E., EVERTS, E., " De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testeren?", *Not. Fisc. M.* 2014, 165.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge, VIII/1, Les libéralités, les donations*, Brussel Bruylant, 1962, 499.

DE RAEDT, S. en TRAEST, M., “Meer vertrouwen in de trust na het IPR- wetboek?”, *Fiskoloog* 2004, afl 947, 2-3.

DE RAEDT S., en TRAEST, M., “ To trust or not to trust”, *TFR* 2001, 13.

DE RAEDT, S. en TRAEST,M., *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen- Apeldoorn, Maklu, 2000, 133p.

DE WITTE, C., “Kan Trust in België een nuttig instrument zijn voor vermogensplanning?”, *Jura Falconis* 2007, afl 4, 539- 558.

DE WULF, H., “Enkele bedenkingen rond een nuttige rol voor het versleten verbod van leeuwenbeding: bescherming van de vennootschap en haar schuldeisers, niet alleen van de medevennoten”, *T.B.H* 2007, 697.

DE WULF, C., “ Nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot beschermingsstatus”, *T. Not* 2013, afl 5, 255-326.

DEBLAUWE, R.“ Vermogensplanning met vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid” in J. BAEL, R. DEBLAUWE en C. DE WULF (eds), *Familiale Vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 2004, 727-753.

DELBOO, M., NELIS,S., “ Burgerlijke maatschap en administratiekantoor: controlevehikels bij uitstek in een klassieke successieplanning” in M. DELBOO, D. MICHIELS, S. NELIS, J. RUYSEVELDT en E. SPRUYT, *Fiscaal praktijkboek 2008-2009 indirecte belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2008, 137- 138.

DELBOO, M., “ De familiale burgerlijke maatschap”, *Not. Fisc. M.* 2003, afl 9, 265-281.

DEVOS, S., “ Een maatschap is maatwerk”, *TRV* 2001, 270.-290.

DU MONGH, J.,“Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtigheid blijft geboden”, *T. Not* 2007, 495- 498.

GEELHAND DE MERXEM, N., “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, 16- 61.

GEELHAND DE MERXEM, N. en VERBEKE,A., “ Bewindsclausule” in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Liber Amicorum prof. Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 203-225.

GIJBELS, K.“ De nieuwe regeling inzake beschermde personen” in X., *Familierecht en familiaal vermogensrecht in beweging. VLN- Congres 14 december 2013*, 29-64.

HAELTERMAN, A., en NEYT, R., “De familiale stichting als instrument voor vermogensplanning(?)” in F. BUYSSENS en A. VERBEKE (eds), *Notariële actualiteit 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 51-64.

HEYVAERT, W., en DEMEYERE, K., “Trust” in A. VERBEKE, H. DERYCKE en P. LALEMAN (eds), *Estate Planning VII, Vermogensplanning: alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2006, 91.

LAUKENS, S., “Successieplanning en het duolegaat: een stand van zaken dd. 17.02.2015”, www.monkey.be (consultatie 4 maart 2015).

LAVRYSEN, P., “De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor?”, *T.B.H* 2002, 676.

MASSCHELEIN, M., “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, afl.4, 3- 12.

MATTHEUS, R., *Familiale planning voor kinderen met een verstandelijke handicap. Hoe moet het verder als wij er niet meer zijn?*, Mechelen, Kluwer, 2014, 161p

MOSELMANS, S., VAN THIENEN, A., “Bescherming en bewind voor meerderjarigen in het licht van de wet van 17 maart 2013” in I. BOONE (ed), *Actualia Familierecht 2014-2015*, Brugge, Die Keure, 2015, 111-112.

MOSELMANS, S. en VAN THIENEN, A., “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T. Fam.* 2014, 60- 96.

NICAISE, P., BANMEYER, I., “Les fondations” in Centre d’études Jean Renauld, *Le nouveau droit des ASBL et des fondations. La loi du 2 mai 2002*, Brussel, Bruylant, 2002, 242.

NIJS, A., VAN ZANTBEEK, A., VERBEKE, A., “Statuten van de burgerlijke maatschap”, *TEP* 2006, 1- 14.

NYS, H., en BODDEZ, L., “De meerderjarige beschermde personen bekeken vanuit gezondheidsrechtelijke invalshoek”, *RW* 2013-14, 1091.

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

PRELLER, J., VAN GERVEN, D., “Het administratiekantoor naar Belgisch en naar Nederlands recht”, *TEP* 2006, 310-316

ROTHIER, K., “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *Not. Fisc.M* 2013, 182-256.

SPRUYT, E., “Juridische aspecten van ondernemingsoverdracht” in E. SPRUYT, *KMO overdracht. Organisatorisch, juridisch, fiscaal, financieel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2005, 462.

SPRUYT, E., “ Registratie- en erfbelasting: eigen(zinnige) omzendbrief inzake fiscaal misbruik dd. 16.02.2015, www.monkey.be (consultatie op 4 maart 2015).

SPRUYT, E., RUYSEVELDT, J., en DONS, P., *Praktijkgids successierecht- en planning*, Haecht, Artoos 2003, 773- 838.

SWENNEN, F., “Meerderjarigenbescherming: het beste mag niet ten koste gaan van het goede”, *TEP* 2014, 2-3.

SWENNEN F. , VELGHE G. , *Zorgenkinderen Persoonlijke en patrimoniale zorgstrategieën voor ouders van een zorgenkind*, Gent, Larcier, 2013, 90p.

SWENNEN, F., “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, afl 563, 563- 623.

TAS, R., “ De private stichting en de certificering van aandelen” in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 760.

TORFS, N., “Over schuldbekentenissen, vergeldende schenkingen en verzorgingscontracten in W. PINTENS (ed), *Liber Amicorum Roger Dillemans. Deel I Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Story Scientia, 1997, 353.

VAN BREEDAM, S., “De Belgische private stichting. Een evenwaardig Belgisch alternatief voor de Nederlandse stichting- administratiekantoor?”, *TFR* 2002, afl 232, 1111-1113.

VAN BREEDAM, S., “ Burgerlijke maatschap: volkomen fiscaal transparant”, *Fiscoloog* 2009, afl 1173, 7-10.

VAN DE GEJUCHTE, K., *Controle bij leven en vanuit het graf. Overdracht van de familie- onderneming middels een stichting- administratiekantoor*, onuitg. Masterproef Rechten Ugent, 2011, 37-38.

VAN DEN BOSSCHE, A. en COVELIERS, D., “ De Belgische private stichting herbekeken” in X., *Patrimonium*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 299-322.

VAN DEN BROECK, “ De buitengerechterlijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief” *TEP* 2014, afl 1, 77-99.

VAN DEN BROECK, A., “ De buitengerechterlijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief” *TEP* 2014, afl 1, 74.

VAN GEEL, A. en DECLERCK, C., “ Actuele planningstechnieken in vraag gesteld”, *Not. Fisc. M.* 2011, 178- 198.

VAN HOOTEGEM, J., *De maatschap, de stichting en de trust als instrumenten van familiale vermogensplanning*, onuitg., thesis master Rechten Ugent, 2008-09, 135p.

VANANROYE, J., "De private stichting naar komend recht" in Jan Ronse Instituut, *Nieuw vennootschaps- en financieel recht* 1999, Kalmthout, Biblo 2000, 187- 189.

VAN BOVEN, R., " De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, 108-146.

VANOVERBEKE, J., "De familiale burgerlijke vennootschap- Een instrument voor successieplanning", *TFR* 2000, 621.

VERBEKE, A., " Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?", *Not. Fisc. M* 1999, 58-67.

VERSCHELDEN, G., *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 379.

VOET, L., *Artikel 7 W. Succ.: schenking of natuurlijke verbintenis? Een analyse van de rechtspraak en proeve van synthese*, onuitg., Masterproef Notariaat Ugent, 2009, 42p.

WEYTS, L., " De private stichting: een nieuwe uitdaging voor het notariaat", *T. Not* 2004, afl 2, 80-81.

WUYTS, T., "Onbekwamen in het vermogensrecht" in R. BARBAIX en N. CARETTE, *Tendensen vermogensrecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 87- 166. WYLLEMAN, A., " Een nieuw wettelijk kader voor wilsonbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed), *Rechtskroniek voor het Notariaat- Deel 23*, Brugge, Die Keure, 2013, 129-130.

13.4. Diversen

www.un.org/disabilities

www.tekeningenbank.nl/zoek_popup.php?id=563.

www.lusvzw.be

www.meritius.be/newsletters/news_december2013.pdf

www.axisfinance.be/nl/axis-stichting-340.htm

www.vdvaccountants.be

www.btsg.nl/infobulletin/dementie/prognose%20dementie.html

<http://www.kbs-frb.be/content.aspx?id=291282&langtype=2067>

14. Bijlagen

België veroordeeld voor falend gehandicaptenbeleid

Door: redactie

29/07/13 - 03u00 Bron: Het Laatste Nieuws

De veroordeling is uitgesproken door het Europees Comité voor Sociale Rechten, de hoogste instantie die controleert of de sociale rechten van EU-burgers worden gerespecteerd. Ze komt er na een klacht van twintig verenigingen die de hele gehandicaptensector in ons land vertegenwoordigen. Zij menen dat de staat en de gewesten te weinig doen om opvang en begeleiding te voorzien. In Vlaanderen alleen al wachten 22.000 personen met een handicap op een plaats in een instelling of een andere oplossing.

Opvang Tekort v.z.w. <http://www.zorggebruikers.be/zg/brfrita.pdf>

Rita V. versus het VAPH : help ons Rita te helpen !

Rita V. (64j) is een alleenstaande vrouw met een matig mentale handicap. Tot februari 2014 woonde ze voltijds bij haar 75-jarige zus, maar die werd plots ziek en overleed een maand later. Rita V. ging al enkele jaren elke week één dag naar een dagcentrum, en gelukkig kon zij daar in de woonopvang opgenomen worden via een noodsituatie. Toen dat na 10 weken stopte, kon ze ultiem nog 30 dagen 'logeren', maar op 28 mei zou ze de voorziening moeten verlaten.

(...). Terug naar huis was onmogelijk: (...) en dus werd juridische bijstand ingeschakeld via de voogd van Rita V. Opdat deze van de vrederechter toestemming zou krijgen om een procedure op te starten, moest vzw Opvang Tekort zich garant stellen ALLE kosten te dragen waaronder de gerechtskosten, eventuele rechtsplegingsvergoeding, de staat van erelonen en onkosten van de advocaten die – in overleg met ons – de procedure zullen voeren. Pas na deze bevestiging verleende de vrederechter op 16 mei de toestemming aan de voogd om een procedure te starten.

Via een Eenzijdig Verzoekschrift op 22/5 neergelegd bij de Voorzitter van de rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, verkreeg Rita V. volgende beschikking: **dat het VAPH verplicht wordt om Rita V. blijvend op te vangen in die voorziening waar ze nu verblijft tot ze een vaste plaats heeft in diezelfde voorziening. En dit op straffe van een dwangsom van 500 EUR per dag.**

Het VAPH besliste op 27/05 om verzet aan te tekenen "... vanuit de zorg voor het gelijkheidsprincipe. De bekommernis van het VAPH is dat alle mensen met een handicap in de bestaande context van schaarste tenminste de garantie moeten hebben dat de toewijzing van ondersteuning volgens vergelijkbare beoordelingscriteria verloopt". Samengevat: iedereen moet buiten wachten. Ook Rita V., zelfs zonder (t)huis.

De vzw Opvang Tekort heeft samen met een twintigtal organisaties via de Franstalige Liga voor Mensenrechten op 13/12/11 een collectieve klacht ingediend bij het Europees Comité tegen België en zijn deelstaten, omdat het de sociale rechten van de personen met een handicap en hun gezin schendt wanneer het niet de beloofde ondersteuning en zorg levert. Op 29 juli '13 werd de veroordeling publiek gemaakt en kondigde onze vzw onmiddellijk aan om de procedures op te starten om deze veroordeling juridisch af te dwingen voor de Belgische rechtbanken. De procedure van Rita V. is de eerste en er zullen er ongetwijfeld nog volgen. Het is de enige manier om de wachtlijsten weg te werken en het recht op zorg te realiseren, net zoals men in Nederland in 1999 gedaan heeft: kortgeding procedures tegen de zorgkantoren

Op heden 29 juli 2013 maakte het Europees Comité voor Sociale Rechten zijn veroordeling van de Belgische Staat openbaar, evenals de beslissing – waartegen geen beroep mogelijk is - die eraan ten grondslag ligt. Een beslissing die even streng als expliciet is omtrent het falen van de Staat op het gebied van opvang en zijn pogingen om ze te rechtvaardigen – via een volumineus dossier van 112 pagina's! : « Geen enkele rechtvaardiging aangehaald door de Belgische Regering betreffende haar tekortkoming in het voorzien van een (voldoende) aantal plaatsen in dagcentra en overnachtingcentra voor volwassen gehandicapte personen met een grote ondersteuningsnood, zodat deze personen niet worden uitgesloten van toegang tot deze vorm van maatschappelijke dienstverlening, is weerhouden ». Bijgevolg zegt het Comité dat dit verzuim een schending vormt van het Handvest (<http://www.politics.be/persmededelingen/36225>).