



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Leeuw, A.E. de

Citation

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

Version: Publisher's Version

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Leeuw, A.E. de

Title: Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Issue Date: 2020-10-01



2

Probleemstelling

2 Probleemstelling

Het onderzoek richt zich gezien het voorgaande op de volgende hoofdvragen:

- (a) In hoeverre is het mogelijk om (civielrechtelijk) een duurzame scheiding tussen de juridische zeggenschap over en het economische belang bij vermogensbestanddelen te creëren?
- (b) Aannemend dat een dergelijke duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang mogelijk is, in hoeverre kan deze scheiding dan fiscaal neutraal, dat wil zeggen zonder dat sprake is van meer belastingheffing dan in de situatie dat deze scheiding niet was aangebracht, vormgegeven worden?
- (c) Bevat de wetgeving die van toepassing is op de beschermingsfiguren onvolkomenheden van juridische aard en, zo ja, op welke wijze kunnen deze worden weggenomen?

Binnen dit kader wordt vervolgens gekeken naar drie beschermingsfiguren: testamentair bewind, certificering en familiestichting c.q. trustachtige figuren.⁵

Meer in detail houdt het onderzoek op de voornoemde deelvragen het volgende in:

Ad (a) scheiding tussen zeggenschap en belang

Om juridische zeggenschap en economisch belang effectief van elkaar te scheiden, in die zin dat het vermogen beschermd wordt tegen onverantwoord beheer of verkwisting hiervan door de rechthebbende, moet mijns inziens sprake zijn van twee factoren. Allereerst moet de scheiding duurzaam kunnen worden aangebracht. Daarnaast is voor een succesvolle bescherming van vermogen van belang dat het evenwicht bewaard wordt tussen de verschillende hierbij betrokken belangen. Ik zal de geselecteerde beschermingsfiguren derhalve toetsen aan de volgende twee hoofdbeoordelingscriteria:

- (I) duurzaamheid van de beschermingsfiguur; en
- (II) evenwicht tussen de verschillende bij de beschermingsfiguur betrokken belangen:
 - (a) het belang van de insteller van de beschermingsfiguur;

⁵ Zie paragraaf 3.1 voor de redenen om deze te selecteren.

- (b) het belang van de rechthebbende⁶, waaronder de mogelijkheid om (al dan niet op termijn) betrokken te zijn bij het beheer van het vermogen; en
- (c) het belang van en controle op de beheerder⁷ van het vermogen.

Deze beoordelingscriteria kunnen als volgt worden toegelicht:

(I) Duurzaamheid van de beschermingsfiguur

Een belangrijk aspect bij de scheiding tussen zeggenschap en belang is in hoeverre de kenmerken van de verschillende onderzochte beschermingsfiguren in zichzelf de mogelijkheid bieden om een dergelijke scheiding duurzaam tot stand te brengen. Hierbij wordt ook besproken op welke wijze en in welke mate de onderzochte rechtsfiguur deze scheiding tot stand brengt, oftewel de mogelijkheid van de rechthebbende om over het vermogen te beschikken beperkt. Voorts wordt gekeken naar de mogelijkheid dat een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang, voor zover die in beginsel op grond van de kenmerken van de beschermingsfiguur zelf tot stand kan worden gebracht, alsnog beëindigd dan wel (gedeeltelijk) omzeild⁸ kan worden op grond van de regels betreffende de legitieme portie. Veelal zal de (toekomstige) verkrijger van het te beschermen vermogen immers een legitimaris zijn.

Om te vereisen dat de scheiding tussen zeggenschap en belang potentieel eeuwigdurend moet zijn gaat mijns inziens te ver, de insteller zou dan ook wel erg ver over zijn graf heen regeren. Om in dit kader van duurzaamheid te spreken moet het naar mijn mening echter wel mogelijk zijn om de zeggenschap van de (opvolgende) rechthebbende(n) gedurende een langere periode, potentieel meerdere generaties, in meer of mindere mate te beperken. Op deze wijze kan ofwel het vermogen onafhankelijk beheerd worden totdat een verkrijger in beeld komt die wel voldoende in staat is om verstandig met het vermogen om te gaan, ofwel kan het vermogen gespreid worden over meerdere personen en over meerdere generaties, waarbij mogelijk gedifferentieerd kan worden op basis van ieders persoonlijke omstandigheden en kenmerken.⁹ Met het laatste wordt een ruimer doel nagestreefd dan uitsluitend vermogensbescherming.

6 Hoewel dit niet steeds een zuivere term is, aangezien bijvoorbeeld een beneficiary van een discretionary trust geen afdwingbare aanspraken heeft, zal ik eenvoudshalve bij wijze van verzamelterm de verkrijger aanduiden als "rechthebbende" wanneer ik doel op de (beoogde) verkrijger in de context van de verschillende beschermingsfiguren gezamenlijk.

7 Dit is eveneens bedoeld als verzamelterm wanneer wordt gesproken over de beschermingsfiguren gezamenlijk.

8 Doordat de legitimaris genoeg neemt met zijn legitieme portie, waar hij vrij over kan beschikken, in plaats van het beschermde vermogen met in beginsel een hogere waarde. In geval van omvangrijke giften is bovendien denkbaar dat de legitieme portie de potentiële verkrijging krachtens erfrecht overstijgt.

9 Waarbij ik reeds opmerk dat niet iedere van de hierna te bespreken beschermingsfiguren flexibel genoeg is om hieraan te voldoen. Met name testamentair bewind is in dat opzicht relatief beperkt in zijn mogelijkheden (zie nader hoofdstuk 6).

(II) Evenwicht tussen de bij de beschermingsfiguur betrokken belangen

Bij een potentieel zo langdurige scheiding van zeggenschap en macht is voorts van groot belang dat het vertrouwen in een zorgvuldig beheer bij een derde gelegd moet worden. De insteller zal wellicht één of enkele anderen voldoende hoog achten om die het beheer over het vermogen toe te vertrouwen, maar het ligt voor de hand dat dit personen van een vergelijkbare leeftijd als de insteller zijn. Op termijn zal derhalve, zeker bij een zeer langdurige scheiding, de zeggenschap bij een derde komen te liggen, mogelijk ook een persoon die de insteller nooit gekend heeft. Bij een scheiding tussen zeggenschap en belang is derhalve zeer belangrijk om een evenwicht tussen alle betrokken belangen te bewaken. Dit betreft allereerst het belang dat de insteller met het aanbrengen van de scheiding nastreefde, namelijk de bescherming van het betrokken vermogen. Daarnaast is er het belang van de verkrijger/rechthebbende, welk belang er doorgaans in meer of mindere mate uit zal bestaan dat hij vrijelijk over het vermogen kan beschikken.¹⁰ In zoverre staat dit belang dus tegenover dat van de insteller. Ten slotte is er, in mindere mate, het belang van de beheerder van het vermogen, in elk geval in die zin dat deze beheerder in staat moet worden gesteld om zich naar behoren van zijn taak te kwijten.

Voor een deel wordt het evenwicht tussen deze belangen beïnvloed door de wetgever, in de vorm van de legitieme portie. Aangezien de rechthebbende deze vrij en onbezwaard moet kunnen genieten,¹¹ bevordert de wetgever met deze regeling het belang van de rechthebbende. Dit is overigens in zoverre relatief dat de huidige legitieme portie slechts een geldvordering inhoudt en geen aanspraak op specifieke goederen. De invloed van de legitieme portie komt bovendien vooraf: met een beroep op zijn legitieme portie kan de rechthebbende de door de erflater ingestelde beschermingsfiguur wellicht in bepaalde mate omzeilen, doordat hij een bedrag in geld verkrijgt waarover hij vrijelijk kan beschikken. Indien echter eenmaal een beschermingsfiguur is ingesteld die de toets van de legitieme portie kan doorstaan, of indien de rechthebbende zich bij de aanwezigheid van de beschermingsfiguur neerlegt omdat de waarde van het vermogen dat hij in dat geval (potentieel) verkrijgt aanmerkelijk groter is dan de omvang van de legitieme portie,¹² dan is een regeling nodig die vanaf dat punt het evenwicht tussen de betrokken belangen bewaart.

Indien de horde van de legitieme portie eenmaal genomen is, is denkbaar dat de insteller zijn beschermingsfiguur zoveel mogelijk “dichttimmer” en de rechten c.q. bevoegdheden van de rechthebbende ter zake van het betrokken vermogen zo veel mogelijk beperkt. Dit brengt echter het risico met zich dat de insteller zich hiermee erg afhankelijk maakt van de

10 Aannemend uiteraard dat de rechthebbende niet daadwerkelijk, bijvoorbeeld als gevolg van een verstandelijke beperking, onmachtig is om zelf zijn vermogen te beheren. In een dergelijk geval kan zijn belang zeer wel met zich brengen dat een derde dit vermogen voor de rechthebbende beheert. Van een dergelijke situatie ga ik evenwel niet uit.

11 Vergelijk artikelen 4:72 en 4:73 BW (zie nader paragraaf 6.5.3 of (iets uitgebreider) 7.14.5).

12 De aanspraak van de legitimaris bedraagt immers slechts de helft van zijn erfdeel bij versterf, berekend over de nalatenschap, eventueel vermeerderd met bepaalde giften (artikel 4:64 lid 1 jo. 4:65 BW).

goede wil en de bekwaamheid van de beheerder van het vermogen. Een evenwichtige beschermingsfiguur dient naar mijn mening dan ook te voorzien in een mechanisme dat het mogelijk maakt om het handelen van de beheerder te corrigeren, dan wel de beheerder te vervangen, indien deze op enig moment al dan niet bewust niet meer in de (geest van de) bedoeling van de insteller handelt. Een dergelijke regeling kan reeds voorkomen in de wet, zoals bij testamentair bewind¹³, maar kan ook door de insteller zelf in het leven geroepen worden, hetgeen bij certificering aan de orde zal zijn, aangezien daar een wettelijke regeling ontbreekt. Daarbij kan het bovendien meerwaarde hebben om zorgvuldig vast te leggen wat de insteller met de ingestelde beschermingsfiguur beoogde, om een richtlijn te bieden waar het handelen van de beheerder mede aan getoetst kan worden.

Naar mijn mening is voor een succesvolle beheersregeling¹⁴ in elk geval noodzakelijk dat deze de mogelijkheid biedt om het handelen van de beheerder op enige wijze ter toetsing voor te leggen aan een onafhankelijke instantie, zoals de rechter of een arbiter, oftewel een vorm van geschillenregeling bevat. Een geschillenregeling dient ook het belang van de beheerder zelf, aangezien hij op basis hiervan bij onterechte verwijten aan zijn adres van de rechthebbende bevestigd kan worden in zijn positie. Ook kan ik mij voorstellen dat, bij een beschermingsfiguur die wel een bepaalde mate van (mede) zeggenschap aan de rechthebbende toekent, een geschillenregeling kan dienen om deze bevoegdheden van de rechthebbende in te perken, indien hij deze niet in redelijkheid uitoefent. In het verlengde van de geschillenregeling (en voor een werkbare toepassing hiervan) is het naar mijn mening noodzakelijk dat de beheerder verplicht wordt om rekening en verantwoording af te leggen over het door hem gevoerde beheer.

Gezien het uitgangspunt dat de beschermingsfiguur noodzakelijk is om te voorzien in een, al dan niet reëel, onvermogen van de rechthebbende om zelf zijn vermogen te beheren, is een waardevolle aanvulling mijns inziens dat ook een regeling getroffen wordt die de mogelijkheid biedt om de rechthebbende op termijn in meer of mindere mate bij het beheer van het vermogen te betrekken, indien hij zich hiervoor (toch) voldoende bekwaam toont. Aangezien de insteller zijn vertrouwen stelt in een derde beheerder, moet dit vertrouwen dan wellicht ook zo ver strekken dat de insteller de beoordeling van de geschiktheid van de rechthebbende aan deze beheerder overlaat. Het is in principe mogelijk om een regeling te treffen die de beheerder niet een dergelijke vrijheid biedt, maar het is de vraag hoe wenselijk dit is. Indien de beschermingsfiguur naast de bescherming beoogt om het vermogen te spreiden over meerdere personen/generatie, kan dit overigens anders komen te liggen.

Vanuit dit perspectief kijk ik bij de bespreking van bewind, certificering en trustachtige figuren dan ook niet alleen in hoeverre deze figuren gebruikt kunnen worden om een

13 Vergelijk artikel 4:164 lid 2 BW.

14 Met beheersregeling doel ik op een regeling die de kaders schept van het beheer van het vermogen door de beheerder, waarbij een regeling getroffen wordt voor de onderlinge verhouding tussen beheerder en rechthebbende, waarin de rechten en verplichtingen die zij jegens elkaar hebben zijn neergelegd.

duurzame scheiding van zeggenschap en belang tot stand te brengen, maar ook naar de mate waarin sprake is van een evenwicht tussen de bij deze scheiding betrokken belangen, omvattende ten minste een geschillenregeling, dan wel een dergelijk evenwicht gecreëerd kan worden.

Ad (b) fiscale neutraliteit

Bij het bereiken van een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang is niet alleen noodzakelijk dat deze scheiding civielrechtelijk aangebracht moet worden, maar ook dat deze fiscaal op (relatief) neutrale wijze behandeld wordt: de beschermingsfiguur kan uitsluitend effectief zijn als scheidingsinstrument indien toepassing daarvan geen “fiscale zelfmoord” impliceert. Derhalve wordt onderzocht in hoeverre de toepassing van een beschermingsfiguur tot gevolg heeft dat meer, of eventueel eerder, belasting verschuldigd is, dan het geval zou zijn zonder toepassing van deze beschermingsfiguur.

Ad (c) onvolkomenheden in de wetgeving en oplossingen

In het verlengde van de vraag naar fiscale neutraliteit ligt vraag in hoeverre de fiscale regels op een soepele inpassing van de onderzochte rechtsfiguren zijn toegespitst. Indien fiscale neutraliteit ontbreekt, kan dit een belemmering zijn voor het toepassen van een beschermingsfiguur. Een dergelijke belemmering zal ik hierna ook aanduiden als een knelpunt. Denkbaar is dat een dergelijk knelpunt veroorzaakt wordt doordat het mogelijk maken van een fiscaal neutrale inpassing van een rechtsfiguur te veel inbreuk maakt op een of meer (andere) doelen van de fiscale wetgeving, zoals het tegengaan van misbruik. Hierin kan dan een rechtvaardiging gevonden worden voor het knelpunt. Mogelijk wordt de omstandigheid dat de beschermingsfiguur niet op fiscaal neutrale wijze toegepast kan worden veroorzaakt door onvolkomenheden in de fiscale wetgeving, in welk geval naar mijn mening de rechtvaardiging voor dit knelpunt ontbreekt. Ik zal derhalve onderzoeken in hoeverre geconstateerde knelpunten bij de toepassing van beschermingsfiguren veroorzaakt worden door onvolkomenheden in de fiscale wetgeving en in voorkomend geval een voorstel doen voor het wegnemen van een dergelijke onvolkomenheid.

Door Gribnau, Lubbers en Vording is onderzoek verricht naar de kwaliteit van fiscale wetgeving en de terugkoppeling van onvolkomenheden hierin aan de regelgever of uitvoerder van de regelgeving. In dat verband hebben zij de verschillende vormen van onvolkomenheden die aan fiscale wetgeving kunnen kleven gerubriceerd:¹⁵

- (I) de regeling bevat onvolkomenheden van juridische aard;
- (II) de regeling leidt tot uitvoeringsproblemen;

15 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers en H. Vording, *Verbetering van de kwaliteit van (de uitvoering van) fiscale regelgeving door terugkoppeling*, WFR 2009/6814, paragraaf 4.

(III) er is geen behoorlijke behandeling bij de toepassing van een regeling.

Zeker de hier niet weergegeven subcategorieën in aanmerking nemend is een breed scala aan onvolkomenheden in de wetgeving denkbaar. In het kader van mijn onderzoek zal ik mij beperken tot categorie (I), de onvolkomenheden van juridische aard, aangezien het onderzoek zich richt op de juridische en fiscale analyse van bepaalde beschermingsfiguren. De vraag of de desbetreffende regelgeving een juridische consistent en sluitend geheel vormt, past goed bij deze analyse. De vraag of de regelgeving tevens praktisch uitvoerbaar is, alsmede de vraag of de belastingplichtige bij de uitvoering van deze regelgeving op behoorlijke wijze behandeld wordt, gaat het bestek van dit onderzoek naar mijn mening echter te buiten.

De categorie onvolkomenheden van juridische aard is op een later moment verder onderverdeeld door Lubbers, die tot de volgende subcategorieën komt:¹⁶

- (1) De regeling is in strijd met hogere regelgeving of fundamentele algemene rechtsbeginselen, onder te verdelen in strijd met:
 - (a) verdragen, zoals het EVRM of IVBPR;
 - (b) het gemeenschapsrecht;
 - (c) het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden;
 - (d) de Grondwet; of
 - (e) (andere) fundamentele algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel.
- (2) Er bevinden zich onvolkomenheden in de tekst van de regeling:
 - (a) de regeling bevat een kenbare vergissing;
 - (b) de regeling is gebrekkig geformuleerd niet het is niet onmiddellijk duidelijk hoe de tekst moet worden geïnterpreteerd;
 - (c) ten opzichte van de uit de parlementaire geschiedenis blijkende bedoeling van de wetgever is de tekst van de regeling te ruim of te beperkt geformuleerd;
 - (d) in de tekst van de regeling worden open normen of niet-gedefinieerde

16 A.O. Lubbers, Rechtsvinding bij kwalitatief ondermaatse wetgeving, TFB 2010/01, paragraaf 2.

begrippen gebruikt, waarvan in de praktijk volstrekt onduidelijk is wat hun inhoud is, zodat niet duidelijk is hoe de regeling moet worden toegepast;

- (e) in de tekst van de regeling worden begrippen gebruikt die niet aansluiten op begrippen die in andere wetten worden gebruikt; of
 - (f) de tekst van de regeling sluit niet naadloos aan op de tekst van een Europese richtlijn, terwijl die regeling dient ter implementatie van die richtlijn.
- (3) De regeling is onvoldoende toegesneden op bepaalde gevallen:
- (a) voor belastingplichtige of bestuursorgaan leidt de toepassing van een regel tot gevolgen die, gelet op het stelsel van de regeling, ongerijmd zijn;
 - (b) er doen zich leemten voor in de regeling, waardoor voor bepaalde gevallen geen regeling is getroffen; of
 - (c) bij de toepassing van de regeling wordt het doel niet bereikt of niet meer bereikt.

Bij het onderzoek naar de vraag in hoeverre de fiscale regelingen, die van toepassing zijn op de te analyseren beschermingsfiguren, zal ik mij richten op onvolkomenheden in de wetgeving die vallen in categorie (2) en categorie (3). De te beantwoorden vraagstelling is of het ontbreken van fiscale neutraliteit het gevolg is van een onvolkomenheid in de wetgeving, hetgeen mijns inziens in dit geval primair neerkomt op de vraag of deze wetgeving consistent, alle situaties dekkend en eenduidig is. De complexiteit van wetgeving kan daarbij een element zijn dat raakt aan de eenduidigheid: op het moment dat de wetgeving zeer complex wordt, kan het gevolg zijn dat deze voor meer dan één interpretatie vatbaar is. Categorie (1) richt zich op de samenhang tussen wetgeving en andere regelgeving en niet op de te toetsen wetgeving als zodanig en valt daarmee buiten de reikwijdte van mijn onderzoek.

Indien juridische onvolkomenheden tot gevolg hebben dat een beschermingsfiguur niet neutraal toegepast kan worden, kan dit beschouwd worden als een knelpunt, dat de toepassing van die beschermingsfiguur belemmert. Waar ik dergelijke knelpunten constateer, zal ik onderzoeken op welke wijze de onvolkomenheid in de wetgeving verholpen kan worden, zodat dit knelpunt wordt weggenomen. Daarbij neem ik het bestaande systeem van de desbetreffende regeling als uitgangspunt en beoordeel ik de voorgestelde oplossing tevens vanuit het perspectief van het doel van die regeling, zoals het tegengaan van misbruik in het geval van de APV-regeling.