



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



3

Afbakening van het onderzoek

3 Afbakening van het onderzoek

3.1 Algemeen

De aanleiding van het onderzoek is gelegen in de, uit het toenemend gebruik van vermogensbescherming blijkende, binnen de familiesfeer bestaande behoefte om vermogen te beschermen tegen diegene die dit verkrijgt.¹⁷ Als eerste uitgangspunt hanteer ik dan ook de situatie van de in Nederland woonachtige¹⁸ erflater die overlijdt en vermogen nalaat¹⁹. Voorts ga ik uit van een verkrijger die in beginsel niet (bijvoorbeeld als gevolg van een geestelijke beperking) ongeschikt geacht moet worden om zelf vermogen te beheren. In dit verband bekijk ik een aantal alternatieve maatregelen die de insteller tijdens zijn leven zou kunnen treffen om de door hem gewenste vermogensbescherming te realiseren: (testamenteir) bewind, certificering en familiestichting- c.q. trustachtige figuren (zie voor deze afbakening nader hieronder). Uiteraard kan een dergelijke behoefte ook bestaan in het geval iemand vermogen schenkt in plaats van nalaat. Juist in de situatie van overlijden wordt het spanningsveld tussen vermogensbescherming vanuit het perspectief van degene van wie dit afkomstig is, in dit geval de erflater, en vanuit het perspectief van degene die dit verkrijgt, met op de achtergrond de legitieme portie, echter goed zichtbaar. De legitieme portie voorziet in een wettelijke bescherming van de legitimaris als verkrijger, op grond waarvan bepaalde beperkingen aan de verkrijging als strijdig met zijn belangen worden aangemerkt, die in geval van schenking ontbreekt. Derhalve heb ik de situatie van overlijden met achterlating van legitimarissen als uitgangssituatie voor mijn onderzoek genomen. Veelal zal evenwel voor vermogen dat geschonken wordt een vergelijkbare beschermingsmaatregel getroffen kunnen worden.²⁰ Waar ik dit van belang acht, zal ik ook kort op de situatie van geschonken vermogen ingaan.

Naast de afbakening als gevolg van de voorgaande uitgangssituatie, is mijn onderzoek beperkt tot drie (soorten) rechtsfiguren: testamentair bewind, certificering en familiestichtingen c.q. trustachtige figuren. Uiteraard zijn meerdere andere rechtsfiguren denkbaar, waarbij de zeggenschap van de rechthebbende ter zake van vermogen is beperkt. Hierbij kan gedacht worden aan een fidei-commissaire making, aan een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik, maar ook aan vermogen ter zake waarvan de beschikkingmogelijkheden van de rechthebbende

17 Zie hoofdstuk 1 voor de onderbouwing van de behoefte aan en het toenemende gebruik van vermogensbescherming.

18 En daarmee samenhangend de aanname dat op zijn nalatenschap Nederlands erfrecht van toepassing is. Hierna aangeduid als de "insteller", ongeacht de rechtsfiguur die behandeld wordt.

19 Bij een trust speelt bij uitstek dat er geen verschil is tussen de schenker en de erflater, omdat de rechtsfiguur een andere basis heeft: uitgaande van een discretionary trust verkrijgt de beneficiary nog geen concrete aanspraak. De settlor treedt derhalve niet op in de hoedanigheid van schenker of erflater, althans niet in de verhouding met de beneficiary (in die hoedanigheid), en er gaat nog geen vermogen over op de beneficiary, maar dit wordt hem in zekere zin juist (al dan niet tijdelijk) onthouden. In zoverre gaat men met een trust verder dan het aanbrengen van een scheiding tussen zeggenschap en belang: aangezien de beneficiary geen rechthebbende is, heeft hij zelfs nog geen belang.

op grond van een overeenkomst beperkt zijn, zoals bij een uitsluitingsclausule²¹, een beheersovereenkomst of fonds voor gemene rekening, of aan vermogen in een personenvennootschap.

Mede om het onderzoek qua omvang overzichtelijk te houden, heb ik gekozen voor het onderzoeken van die rechtsfiguren die naar mijn mening het beste passen bij de situatie van de insteller die onvoldoende vertrouwen heeft in de capaciteiten van zijn erfgenamen. Deze omvatten allereerst het testamentair bewind, als de wettelijke regeling die specifiek gericht is op het beschermen van vermogen tegen de verkrijger hiervan, althans in het geval van een bewind in het belang van de rechthebbende. Een interessant aspect hierbij is hoe de wetgever de belangen van erflater en rechthebbende tegen elkaar heeft afgewogen en waar de nadruk ligt bij het oplossen van het in paragraaf 1 genoemde spanningsveld tussen het belang van degene die het vermogen nalaat en het belang van degene die het vermogen verkrijgt.

Bij het maken van de verdere keuze voor te behandelen rechtsfiguren zijn voorts de volgende factoren van belang geweest. Allereerst is dit de omstandigheid dat de hiervoor beschreven uitgangssituatie impliceert dat de insteller in staat moet zijn om de scheiding tussen zeggenschap en belang eenzijdig aan te brengen. Dit past minder bij figuren als een beheersovereenkomst of een personenvennootschap. Vanuit dit perspectief valt ook de schenkingsovereenkomst af, aangezien dit een wederkerige overeenkomst is. De fideï-commissaire making zou wel bij de gehanteerde uitgangspunten passen, maar aangezien hier reeds uitgebreid aandacht aan is c.q. wordt besteed in andere dissertaties²², heb ik er voor gekozen deze rechtsfiguur niet te behandelen.

Certificering past daarentegen mijns inziens wel goed bij deze mijn uitgangspunten, aangezien de insteller deze zelfstandig in het leven kan roepen. Voorts is certificering een veel gebruikte figuur om zeggenschap en belang van elkaar te scheiden, hetgeen het interessant maakt om hier nader naar te kijken en te onderzoeken in hoeverre de hiermee aangebrachte scheiding daadwerkelijk duurzaam is. Daarnaast heb ik de keuze voor familiestichtingen en trustachtige figuren gemaakt, omdat deze ook bij uitstek geschikt zijn voor het aanbrengen van de gewenste scheiding, of eigenlijk zelfs nog verder kunnen gaan²³, en tevens zelfstandig door de erflater tot stand gebracht kunnen worden. Daarbij zijn deze figuren vanwege de per 2010 ingevoerde APV-regeling naar mijn mening vanuit fiscaal perspectief interessant om nader te bekijken.

21 Die uiteraard niet alleen bij schenking c.q. gift, maar ook aan een testamentaire making verbonden kan zijn.

22 Zie het recente proefschrift van R.E. Brinkman, *Het fideicommiss in de notariële praktijk*, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2014, alsmede het nog lopende onderzoek van B.B.A. de Kroon.

23 Aangezien bij een discretionaire entiteit de begunstigen immers zelfs nog geen rechthebbenden zijn.

3.2 Nadere civielrechtelijke afbakening

Binnen het civielrechtelijke deel is, gezien de probleemstelling, uiteraard de nadruk gelegd op de vraag in hoeverre een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang te realiseren is met een bepaalde rechtsfiguur. Daarbij is tevens gekeken naar de wijze waarop de zeggenschap c.q. mogelijkheden voor de rechthebbende om te beschikken beperkt zijn. Dit is geplaatst in een algemener kader waarin de civielrechtelijke kenmerken van met name certificering uitgebreider onderzocht zijn.

De focus op de kenmerken van certificering is gebaseerd op het volgende. Hoewel het mijns inziens gezien de aanleiding van het onderzoek noodzakelijk is om in te gaan op het testamentair bewind, wordt eenvoudig duidelijk dat een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang met deze figuur niet te bereiken is.²⁴ Om deze reden houd ik mijn behandeling van deze figuur beperkt. Daarnaast verdient de certificering mijns inziens meer aandacht omdat er, in tegenstelling tot met betrekking tot het testamentair bewind en de trust, geen wettelijke regeling is die de kenmerken van certificering bepaalt.²⁵ Dit betekent dat het noodzakelijk is om certificering als rechtsfiguur te definiëren en voorts te kwalificeren, in de zin dat onderzocht wordt of certificering voldoet of kan voldoen aan de definitie van een wel in de wet geregelde figuur. Indien dit het geval zou zijn, zouden de regels die de desbetreffende figuur beheersen ook van toepassing worden op de certificering, hetgeen mogelijk met zich brengt dat er andere mogelijkheden tot beëindiging van de certificering zijn, dan geboden worden door de statuten van de stichting administratiekantoor²⁶ (“STAK”) of de administratievoorwaarden. Voorts is een vraag of certificering niet in strijd kan komen met het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. Ten slotte wordt gekeken naar de toepassing van certificering als instrument voor het scheiden van zeggenschap en economisch belang en in dat verband naar de grenzen aan de flexibiliteit van de figuur vanuit het perspectief van deze scheiding, oftewel hoe restrictief de voorwaarden aan de certificering, bijvoorbeeld in termen van royeerbaarheid of overdraagbaarheid van de certificaten, mogen zijn.

De civielrechtelijke behandeling van familiestichting- c.q. trustachtige figuren is eveneens beperkt. Hierbij speelt mee dat het Nederlandse recht geen van beide figuren (als zodanig) kent. Vanwege het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW leent een Nederlandse stichting zich niet van nature voor het gebruik als familiestichting, zodat ik bij deze variant vooral uitga van de rechtsfiguur die de APV-regeling met name geïnspireerd heeft: de Anglo-Amerikaanse trust. De stichting komt in dit verband slechts kort aan bod. Wel is binnen het civielrechtelijke onderzoek ook een passage over de trust

24 Gezien de mogelijkheid die artikel 4:178 lid 2 BW de rechthebbende biedt om na vijf jaar de rechter te verzoeken om opheffing van het bewind (besproken in paragraaf 6.4).

25 Althans niet als overeenkomst. De wet bevat een beperkt aantal bepalingen inzake certificering, zoals de regeling van een wettelijk pandrecht in artikel 3:259 BW.

26 Hoewel niet noodzakelijk is dat het administratiekantoor een stichting is, is dit doorgaans wel het geval (zie paragraaf 7.8.1). Ik zal daarom het administratiekantoor in beginsel aanduiden als STAK.

naar Engels recht²⁷ opgenomen. Deze is echter beknopt gehouden, aangezien deze figuur in ander onderzoek reeds uitgebreid beschreven is.²⁸ Bovendien ga ik met name in op de discretionary trust, aangezien bij een fixed trust sprake is van afdwingbare rechten van de beneficiaries, hetgeen zeer wel met een andere reden kan en vaak ook zal zijn ingegeven dan vermogen te beschermen tegen de rechthebbende.²⁹ Op de civielrechtelijke erkenning in Nederland van de trust onder het Haags Trustverdrag zal ik kort ingaan.

Bij de behandeling van de verschillende beschermingsfiguren ga ik voorts in op het genoemde spanningsveld tussen de bescherming van vermogen tegen de verkrijger hiervan en de bescherming van vermogen tegen degene die dit nalaat, of anders gezegd: ten gunste van degene die dit verkrijgt. Dit vertaalt zich in de vraag in hoeverre de legitieme portie in de weg kan staan aan het aanbrengen van de door mijn erflater gewenste scheiding tussen zeggenschap en belang. Hierbij beperk ik mij tussen het raakvlak tussen deze scheiding en de legitieme portie en laat ik de werking van de legitieme portie overigens onbehandeld.

In het kader van dit spanningsveld besteed ik tevens aandacht aan de voornaamste aspecten waarmee naar mijn mening rekening gehouden moet worden om tot een evenwichtige beschermingsfiguur te komen. Een dergelijk evenwicht dient niet alleen de belangen van de rechthebbende, maar ook het uiteindelijke doel van de erflater. De insteller zal immers moeten vertrouwen op het zorgvuldig handelen van een ander dan de rechthebbende, maar het is denkbaar dat deze persoon bijvoorbeeld het in hem gestelde vertrouwen niet waard is, of uiteindelijk toch minder capabel blijkt dan door de erflater verondersteld. Derhalve dient, zowel om tegemoet te komen aan de belangen van de rechthebbende, als om te voorkomen dat de beheerder van het vermogen hier op onverantwoorde manier mee om gaat, voorzien te worden in maatregelen die het mogelijk maken om het handelen van een overijverige beheerder, die wellicht ook niet meer in de geest (van de bedoeling) van de insteller handelt, juridisch ter discussie te stellen en zo nodig voor te leggen aan de rechter. Ook bij dit onderwerp ligt de meeste nadruk op certificering, die als niet in de wet geregelde figuur geen automatisch mechanisme kent om het evenwicht tussen beheerder en rechthebbende te bewaren. De insteller zal hierin bij het instellen van de certificering dus zelf moeten voorzien en er hierbij zorg voor moeten dragen dat de voorwaarden hiervan voldoende rekening houden met de belangen van de verkrijgers van de certificaten.

Tot slot merk ik op dat de civielrechtelijke analyse in zoverre neutraal is, dat gekeken

27 Dat wil zeggen: het recht van Engeland en Wales. Het Schotse recht kent niet een dergelijk systeem met een splitsing tussen legal en equitable ownership (vergelijk D.J. Hayton, *Trusts*, in: *Vertrouwd met de trust* (Serie Onderneming en Recht, deel 5), W.E.J. Tjeenk Willink Deventer 1996, pagina 56).

28 Zie J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, SDU Uitgevers 2011, hoofdstuk 6 en G.D.L.M. Gilissen, *De express private trust*, Wolf Legal Publishers Nijmegen 2012, hoofdstuk 2.

29 Het is overigens ook bij een fixed trust goed mogelijk dat sprake is van een beschermingselement, bijvoorbeeld indien de voorwaarden bepalen dat de beneficiary een maandelijks bedrag verkrijgt en zo het trustvermogen in behapbare porties kan genieten, omdat hij zelf niet in staat is om het vermogen adequaat te beheren. Vergelijk bijvoorbeeld ook een protective trust.

wordt naar de mogelijkheden en gevolgen ongeacht wat de aard is van het vermogen waarvan sprake is. Ik bespreek in dit verband bijvoorbeeld slechts het concept van certificering. Naar specifieke regels of gevolgen, zoals de bepalingen van boek 2 BW die specifiek gelden voor het certificeren van aandelen, wordt derhalve niet gekeken.

3.3 Nadere fiscale afbakening

Het fiscale deel van het onderzoek betreft allereerst het in kaart brengen van de fiscale gevolgen van testamentair bewind, certificering en trusts/APV's³⁰, vanuit de centrale vraag in hoeverre deze figuren fiscaal neutraal toegepast kunnen worden. Waar in het civielrechtelijke deel de certificering de meeste aandacht krijgt, geldt dat in het onderhavige deel voor de APV-regeling. De omstandigheid dat de regelingen voor de fiscale behandeling van bewind en certificering beperkt zijn, de aard van de APV-regeling als antimisbruikregeling en de relatief recente invoering per 1 januari 2010 rechtvaardigen mijns inziens om in dit deel het langst bij de APV-regeling stil te staan. Aangezien het onderzoek uitgaat van de positie van natuurlijke personen (en mede om de omvang overzichtelijk te houden), is het fiscale onderzoek beperkt tot de heffingen die voor hen het meest van belang zijn: de inkomstenbelasting en de schenk³¹- en erfbelasting. Over andere heffingen wordt hoogstens zijdelings een opmerking gemaakt.

Omdat het fiscale onderzoek voorts ingekaderd is door de vraag in hoeverre een scheiding tussen zeggenschap en belang fiscaal neutraal geïmplementeerd kan worden, leidt dit ertoe dat niet alle fiscale aspecten van de onderzochte rechtsfiguren, met name het APV, uitputtend behandeld zullen worden. Een eerste beperking is dat ik niet inga op grensoverschrijdende aspecten, noch op de problematiek die kan voortvloeien uit verschillen in de kwalificatie van een rechtsfiguur in verschillende landen. Het uitgangspunt is derhalve de in Nederland woonachtige inbrenger met Nederlands vermogen.

Nadat ik onderzocht heb in hoeverre fiscaal neutrale implementatie mogelijk is, bekijk ik, indien geen sprake is van fiscale neutraliteit, oftewel van een knelpunt, in hoeverre dit gebrek aan neutraliteit het gevolg is van juridische onvolkomenheden in de wetgeving. Indien naar mijn mening sprake is van een dergelijke onvolkomenheid, doe ik een voorstel voor het oplossen hiervan. Het is daarbij niet de bedoeling om tot een geheel andere wettelijke regeling te komen. Ik neem derhalve, met name in het geval van de APV-regeling, de geldende regeling en de (antimisbruik)bedoeling daarvan als uitgangspunt en bekijk in hoeverre het wegnemen van fiscale hindernissen binnen het raamwerk van deze regeling mogelijk is.

30 In civielrechtelijke context is mijn uitgangspunt de trust, maar in fiscale context de regeling waarin de fiscale behandeling van onder meer de trust is geregeld: de APV-regeling. In het civielrechtelijke deel zal ik daarom voornamelijk spreken van trusts, terwijl ik in het fiscale deel aan het ruimere begrip APV zal refereren.

31 Hoewel mijn uitgangspunt de erflater is, is het toch noodzakelijk om aandacht aan de eventuele schenkbelastingaspecten te besteden, bijvoorbeeld bij de vraag of de implementatie van de onderzochte rechtsfiguren als zodanig schenkbelastingevolgen kan hebben.