



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



9

Vergelijkende conclusie civiel recht

9 Vergelijkende conclusie civiel recht

Binnen dit civielrechtelijke deel heb ik drie beschermingsfiguren onderzocht. Ik heb daarbij deze beschermingsfiguren beschreven en bekeken op welke wijze een scheiding tussen zeggenschap en economisch belang wordt aangebracht. Voorts heb getoetst aan de in hoofdstuk 2 geformuleerde toetsingscriteria: (i) kan met de desbetreffende beschermingsfiguur een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang worden aangebracht en (ii) wordt bij de beschermingsfiguur het evenwicht tot de hierbij betrokken belangen (van de insteller, de rechthebbende en de beheerder) bewaakt, ofwel op grond van de wettelijke regels die de beschermingsfiguur beheersen, ofwel doordat de insteller de mogelijkheid heeft om hierin te voorzien. Pas indien een rechtsfiguur positief scoort op beide criteria, is deze naar mijn mening geschikt voor vermogensbescherming.

In de wijze waarop de verschillende besproken rechtsfiguren vermogen beschermen, is een zekere toename in effect te zien: testamentair bewind gaat het minst ver, aangezien de rechthebbende op het onderbewindgestelde vermogen de juridische en economische eigendom hiervan behoudt, terwijl slechts het beheer hierover bij de bewindvoerder komt te rusten. Certificering gaat een stap verder, doordat de juridische eigendom zich bij de STAK bevindt; de certificaathouder blijft evenwel de economische eigenaar van het vermogen en daardoor blijft een directe band tussen hem en het vermogen aanwezig. Bij het APV is zelfs dit laatste er niet meer, althans het APV kan zo worden opgezet dat slechts sprake is van begunstigden met niet meer dan een verwachting om op enig moment een uitkering te ontvangen, maar zonder concrete aanspraken. Er is in deze situatie geen directe (economisch) rechthebbende op het vermogen.

De effectiviteit van een rechtsfiguur als beschermingsfiguur hangt overigens naar mijn mening niet primair af van de mate waarop de (potentiële) rechthebbende op afstand van het vermogen wordt gezet. Het creëren van een grotere afstand geeft echter wel de mogelijkheid voor de insteller om langer over zijn graf heen te regeren. Bij bewind kan de eerste rechthebbende weliswaar (al dan niet tijdelijk) de beschikkingsmacht ontnomen worden, maar op enig moment zal het vermogen vererven en zal de bescherming vervallen. De insteller heeft bovendien geen of slechts beperkte invloed⁷²⁶ op wie het vermogen na overlijden van zijn directe erfgenaam verkrijgt. In het geval van certificering kan meer invloed door (althans namens) de insteller worden uitgeoefend. Weliswaar kan ook hier geen of slechts beperkte controle worden uitgeoefend op wie de certificaten na het overlijden van de directe erfgenaam van de insteller verkrijgt,⁷²⁷

726 Via een fidei-commissaire making zou de insteller enige invloed kunnen uitoefenen, zij het beperkt in de tijd, maar als gevolg hiervan zou het bewind als beschermingsfiguur jegens de directe erfgenaam/ legitimaris kwetsbaar worden voor aantasting door middel van de legitieme portie: in dit geval is sprake van een verkrijging onder een voorwaarde en daarmee van een inferieure making, zodat de legitimaris zijn legitieme portie vrij (en daarmee onbeschermd) kan verkrijgen (zie paragraaf 6.5).

727 Hier geldt hetzelfde bezwaar tegen een fidei-commissaire making als bij het bewind.

maar wel kan het bestuur van de STAK de mate waarin uitkeringen gedaan worden op de certificaten beïnvloeden. Voor zover het vermogen niet wordt uitgekeerd, blijft dit bewaard en beschermd voor volgende generaties, ook al kan niet bepaald worden wie de specifieke certificaathouders zullen zijn. Het APV biedt in dit verband de grootste flexibiliteit, aangezien de verkrijging van vermogen geheel buiten het erfrecht omgaat en de beheerder van het APV een zeer grote vrijheid heeft om te beslissen aan wie uitkeringen worden gedaan. Niet alleen kan de beheerder nu bepalen in welke mate uitkeringen worden gedaan, maar ook welke begunstigde deze zal ontvangen. Het APV biedt daarmee de grootste mogelijkheden om tot in de verre toekomst invloed te doen uitoefenen op de aanwending van het vermogen.

De bescherming die dit biedt is echter alleen reëel indien de legitimarissen van de insteller niet met een beroep op hun legitieme portie de instelling van de beschermingsfiguur geheel of gedeeltelijk omgedaan kunnen maken, dan wel de beschermingsfiguur anderszins voortijdig te beëindigen is. Op dit punt scoort het testamentair bewind ronduit slecht: na vijf jaar kan de rechthebbende de rechter verzoeken om opheffing van het bewind⁷²⁸ en aannemend dat de rechthebbende niet daadwerkelijk incompetent is om het vermogen zelf verantwoord te beheren ligt in de rede dat dit verzoek ingewilligd zal worden. Daarnaast zal de legitimaris bij een bewind in beginsel succesvol een beroep kunnen doen op zijn legitieme portie⁷²⁹. Als gevolg hiervan is de bescherming van het bewind in dergelijke situaties beperkt. In mijn ogen kan derhalve slechts certificering of een APV effectief als beschermingsfiguur fungeren.

Certificering houdt namelijk wel stand bij een beroep op de legitieme portie, althans indien de certificaten verkregen worden als erfgenaam en niet als legataris.⁷³⁰ Daardoor kan met certificering een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang, en daarmee bescherming van het vermogen in kwestie, bewerkstelligd worden. Een vraagpunt bij certificering is mijns inziens wel hoe restrictief de voorwaarden van de certificering mogen zijn. Weliswaar heeft de Hoge Raad met betrekking tot niet-royeerbare certificaten geoordeeld dat een dergelijke certificering niet in zijn algemeenheid maatschappelijk onaanvaardbaar is, maar het lijkt mij goed denkbaar dat dit oordeel anders uitvalt indien de certificaten niet alleen niet-royeerbaar zijn, maar ook onoverdraagbaar en het bestuur van de STAK bovendien niet verplicht is om inkomsten uit het gecertificeerde vermogen direct door uit te keren naar de certificeerhouders.⁷³¹ Naar mijn mening dient men zich daarom te beperken bij het combineren van dergelijke restrictieve voorwaarden aan de certificering. Desalniettemin is het naar mijn mening mogelijk om met certificering te bewerkstelligen dat vermogen gedurende langere tijd beschermd wordt en waarbij het stamvermogen in stand blijft voor volgende

728 Zie nader paragraaf 6.4.

729 Zie paragraaf 6.5.3.

730 Zie paragraaf 7.14 en in het bijzonder paragraaf 7.14.5.

731 Zie hiervoor paragraaf 7.14.3.

generaties, ook al wordt het inkomen hieruit (al dan niet gedeeltelijk) uitgekeerd aan de certificaathouders. Vraag is bovendien in hoeverre dit laatste wezenlijk afbreuk doet aan de beschermingsgedachte: doel hiervan is immers het in stand houden van het stamvermogen en niet het onthouden van alle inkomsten hiervan aan degenen, die dit zonder de certificering van de insteller geërfd zouden hebben, als zodanig.

Ook door middel van een APV kan een langdurige bescherming van vermogen gecreëerd worden, waarbij zoals hiervoor opgemerkt meer flexibiliteit bestaat bij het bepalen wie het vermogen en/of de inkomsten hieruit zal genieten. Een APV lijkt echter kwetsbaarder voor een beroep op de legitieme portie dan certificering, althans het is niet zeker dat een inbreng van vermogen in het APV niet aangemerkt dient te worden als een gift, waarmee voor de regeling van de legitieme portie rekening gehouden dient te worden. Indien dit laatste het geval is, zal de inbreng vermoedelijk deels ongedaan gemaakt kunnen worden als gevolg van inkorting door de legitimaris.⁷³²

Naast de duurzaamheid van de verschillende beschermingsfiguren heb ik beoordeeld in hoeverre het evenwicht bewaard wordt of kan worden tussen de verschillende bij deze beschermingsfiguren betrokken belangen: (i) het belang van de insteller, in de vorm van het doel dat met de beschermingsfiguur wordt nagestreefd, (ii) het belang van de rechthebbende, wiens belang gelegen is in toegang tot het vermogen, maar ook in mogelijkheden om de beheerder te controleren en (iii) het belang van de beheerder, die zijn taak naar behoren moet kunnen vervullen. Alle drie beschermingsfiguren kunnen naar mijn mening deze toets doorstaan. In geval van bewind en van de Anglo-Amerikaanse trust is sprake van een (wettelijke) regeling die de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van betrokkenen regelt en daarmee dit evenwicht bewaakt. Voor de stichting, zowel de STAK als de stichting die als APV fungeert, geldt dat de wettelijke regeling van de stichting slechts beperkte mogelijkheden voor het bewaren van het genoemde evenwicht heeft. De stichting is echter een zeer flexibele rechtsfiguur, zodat de insteller zelf de mogelijkheid heeft om door middel van regelingen in de statuten en de met de stichting gesloten certificerings- of inbrengovereenkomst alsnog een dergelijk evenwicht te bewerkstelligen.

Op grond van het voorgaande concludeer ik tot het volgende met betrekking de in hoofdstuk 2 geformuleerde civielrechtelijke toetsingscriteria:

- Het bewind is niet geschikt als beschermingsfiguur, alleen al omdat het doen opheffen hiervan door de rechthebbende te eenvoudig is. Het bewaren van het evenwicht tussen de betrokken belangen is wel goed geregeld.
- Certificering is geschikt om een duurzame scheiding tussen zeggenschap en

732 Zie nader paragraaf 8.6.

economisch belang te creëren. Ook kan voorzien worden in een regeling die het evenwicht tussen de betrokken belangen bewaakt. Daarmee is certificering geschikt als beschermingsfiguur.

- Een APV is eveneens geschikt als beschermingsfiguur, aangezien zowel aan de toets van duurzaamheid als de toets van evenwicht tussen de betrokken belangen voldaan is. Met een APV kan bovendien een grotere flexibiliteit bereikt worden in het bepalen wie uitkeringen ontvangt dan bij certificering het geval is. Daar staat tegenover dat onzeker is of de inbreng van vermogen in het APV wellicht gedeeltelijk ongedaan gemaakt kan worden door middel van een beroep op de legitieme portie, in welk geval de bescherming van het APV ook deels zou wegvallen.

Aangezien van de drie onderzochte beschermingsfiguren slechts certificering en APV geschikt zijn, zal in de hierna volgende fiscale analyse en het onderzoek naar eventuele fiscale knelpunten en de oplossing daarvan de nadruk liggen op deze figuren. Op testamentair bewind ga ik slechts beperkt in.

Daaraan voorafgaand wil ik evenwel nog kort ingaan op de vraag in hoeverre het mogelijk is om de verschillende besproken rechtsfiguren te combineren en of dit in de mate van bescherming die bereikt wordt iets toevoegt ten opzichte van toepassing van een enkelvoudige beschermingsfiguur:

- (a) Bewind en certificering zijn te combineren, doordat vermogen gecertificeerd wordt en de certificaten vererven, maar deze verkrijging bovendien onder bewind gesteld wordt. Deze combinatie biedt in zoverre extra bescherming, dat indien het bewind zou worden opgeheven, nog altijd de certificering resteert om het vermogen buiten de controle van de rechthebbende te houden.

Indien verkregen wordt als legataris in plaats van als erfgenaam, rijst de vraag in hoeverre dit een risico oplevert op een beroep op de legitieme portie. Mijns inziens is dit risico echter relatief: aannemend dat de legitimaris niet dermate zwak van vermogens is, dat hij niet in staat is om zelf in het beheer van het verkregen vermogen te voorzien als bedoeld in artikel 4:75 BW, maakt het bewind de making reeds inferieur, zodat de certificering niet tot additionele risico's leidt. Dit heeft tot gevolg dat de combinatie van bewind en certificering geen sterkere bescherming oplevert. Ten opzichte van enkel bewind is dat in zekere mate het geval, maar ten opzichte van certificering op zichzelf is sprake van een verzwakking: certificaten kunnen verkregen worden door de legitimaris zonder dat hem een beroep op zijn legitieme portie openstaan, maar een dergelijk beroep wordt wel mogelijk indien de certificaten onder bewind gesteld zijn. Bovendien kan men zich afvragen wat het beheer van certificaten, zeker als hieraan weinig zeggenschapsrechten verbonden zijn, toevoegt aan het

beheer van het vermogen door het bestuur van de STAK. Men doet er dan naar mijn mening beter aan om slechts voor certificering te kiezen en desgewenst de zeggenschap van de certificaathouder te beperken. Het bewind voegt overigens wel iets toe ter zake van uitkeringen op de certificaten, omdat het bewind hier ook op komt te rusten.

- (b) Bewind is niet te combineren met een APV. Bewind kan gezien artikel 4:153 BW slechts worden ingesteld over goederen die nagelaten worden. Het vermogen dat is ingebracht in het APV behoort echter juist niet meer tot het vermogen van de insteller en daarmee ook niet tot diens nalatenschap. Bewind hierover instellen is dus niet mogelijk.
- (c) De combinatie van certificering en APV is wel mogelijk: de insteller kan zijn vermogen allereerst certificeren en vervolgens de certificaten inbrengen in het APV. Het is echter de vraag of dit iets toevoegt. Het APV is weliswaar flexibeler dan certificering, maar het is niet zeker dat de inbreng van de certificaten niet in strijd is met de legitieme portie. Hier bestaat derhalve een bepaalde onzekerheid. Indien de legitimaris succesvol een beroep op zijn legitieme portie doet, verkrijgt hij bovendien een vordering in geld en hij is niet verplicht om genoeg te nemen met de ingebrachte certificaten in plaats daarvan.⁷³³ In deze situatie zou dus niet alleen de bescherming van het APV wegvallen, maar ook die van de certificering, voor zover de legitimaris de inbreng in het APV kan inkorten.

Ten opzichte van uitsluitend certificering biedt deze combinatie derhalve mogelijk minder bescherming, afhankelijk van hoe de rechter uiteindelijk zal blijken te oordelen over de samenloop tussen de legitieme portie en de inbreng van vermogen in een APV. Men kan van mening zijn dat de grotere flexibiliteit van het APV daar tegenop weegt. Het valt mijns inziens echter te betwijfelen of het beheer door het bestuur van de STAK dan nog iets toevoegt aan het beheer door de beheerder van het APV. Doorgaans zal men er naar mijn mening daarom goed aan doen om te kiezen voor ofwel de zekere duurzaamheid van certificering, in combinatie met toch een behoorlijke flexibiliteit, ofwel de grotere flexibiliteit van het APV.

Het combineren van de verschillende beschermingsfiguren is derhalve in bepaalde gevallen mogelijk, maar lijkt mij doorgaans niet aan te raden. Veelal zal de combinatie mijns inziens weinig toevoegen aan de gewenste bescherming, terwijl als gevolg hiervan juist de duurzaamheid van de bescherming onder druk wordt gezet. Indien men bescherming wenst, komt een keuze voor ofwel certificering, ofwel een APV, afhankelijk van de omstandigheden en voorkeuren in een bepaald geval, vermoedelijk in de meeste gevallen het beste aan deze wens tegemoet.

733 Zie Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, paragraaf X.24.1.