

DE CURAÇAOSE PROTECTED CELL COMPANY

Harold Koster*

In deze bijdrage gaat de auteur in op de Protected Cell Company naar het recht van Curaçao. Dit is een rechtspersoon die over meerdere afgescheiden vermogens kan beschikken opdat schulden die verband houden met een van de afgescheiden vermogens niet kunnen worden verhaald op het algemene vermogen van de Protected Cell Company of op een van de andere afgescheiden vermogens.

In Nederland kennen we geen algemene regeling voor een rechtspersoon met meerdere afgescheiden vermogens.¹ Met het creëren van meerdere afgescheiden vermogens wordt doorgaans beoogd te voorkomen dat schulden die verband houden met een van de afgescheiden vermogens kunnen worden verhaald op het algemene vermogen van de rechtspersoon of op een van de andere afgescheiden vermogens. Wel zijn er enige bijzondere regelingen in Nederland waarmee een afgescheiden vermogen, althans een vergelijkbaar resultaat, kan worden bewerkstelligd.² Zo bestaan er sinds 1999 respectievelijk 2001 wettelijke regelingen over de kwaliteitsrekening voor notarissen en gerechtsdeurwaarders.³ Ook bij de nalatenschap met een erfgenaam kan sprake zijn van een afgescheiden vermogen. Dit is onder meer het geval als de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving (beneficiar) wordt aanvaard.⁴ Voorts geldt dat ook een onder bewind gesteld vermogen is afgescheiden van het overige vermogen van de rechthebbende.⁵ Daarnaast is recent in Nederland in de pensioenwetgeving de mogelijkheid gecreëerd tot het beheren van verschillende collectieve pensioenregelingen binnen een stichting.⁶ Elke collectieve pensioenregeling vormt een afzonderlijk afgescheiden vermogen. Een methode die in de praktijk wel wordt toegepast om binnen een vennootschap een scheiding van vermogens tot stand te brengen is 'tracking stock'.⁷ Het betreft een economische scheiding van vermogens en leidt derhalve niet tot een goederenrechtelijke scheiding. Tracking stock houdt in dat specifieke aandeelhouders gerechtigd zijn tot de opbrengsten van een bepaalde onderneming of vermogen binnen een vennootschap.

In Curaçao wordt in de praktijk en in de literatuur erkend dat een vergelijkbare figuur kan worden vormgegeven op basis van de Landsverordening Trust,⁸ die op 1 januari 2012 in werking is getreden.⁹ Een van de mogelijkheden die de Curaçaose Trust biedt, is het binnen een rechtspersoon creëren van afgescheiden vermogens met behulp van trusts. Deze rechtspersoon wordt ook wel aangeduid met de naam Protected Cell Company (PCC). De Landsverordening Trust staat toe dat een rechtspersoon als trustee fungeert. Stelt de rechtspersoon als insteller trusts in en wordt ook zelf trustee,¹⁰ dan zijn daarmee binnen de rechtspersoon afgescheiden vermogens gecreëerd. Dit omdat een kenmerk van de trust is dat de goederen van de trust een afgescheiden vermogen vormen en geen deel van het vermogen van de trustee zijn. In goederenrechtelijke zin is het trustvermogen weliswaar van de PCC, doch dit is dan afgescheiden van de andere trustvermogens en het algemene vermogen van de PCC. Het vermogen van een dergelijke trust maakt geen deel uit van het niet aan een trust onderworpen vermogen van de trustee – de trustee is in een dergelijk geval de PCC – bij diens faillissement. De afgescheiden vermogens worden ook wel aangeduid als (trust)cellen. De schulden die niet zijn toe te rekenen aan een van de cellen kunnen worden verhaald op het algemene vermogen van de PCC. Het eigen vermogen van een PCC is ook een afgescheiden vermogen, maar is er in de regel slechts voor het beheer van de andere afgescheiden vermogens. De afgescheiden vermogens zijn zelf overigens geen rechtspersonen.¹¹ Deze invulling van een PCC is gebaseerd op artikel 3:134 BW van Curaçao (BWC), waarin is bepaald dat zowel handelingsbe-

kwame natuurlijke personen als rechtspersonen als trustee kunnen fungeren. Daarbij kan de insteller tevens trustee zijn.¹² Dit betekent dat niet alleen de oprichter van een rechtspersoon als insteller een trust kan instellen, maar dat dus ook de rechtspersoon zelf dat kan doen.¹³ De begunstigde van het afgescheiden vermogen zijn bij een dergelijke PCC de aandeelhouders die recht hebben op de winsten gemaakt in de desbetreffende trustcel. Bij de notariële akte van oprichting van een PCC kunnen dan een of meerdere trusts worden ingesteld die elk over een eigen afgescheiden vermogen kunnen beschikken.¹⁴ Die trusts dienen ook opgericht te worden bij notariële akte.¹⁵

Een PCC heeft een bestuur bestaande uit een of meer personen. Het doel van de PCC bestaat uit het beheren van de diverse afgescheiden vermogens (de trustcellen). Elke trustcel heeft een trustee. Deze trustee heeft de bevoegdheid en de plicht om het trustvermogen te besturen.¹⁶ De trustee van elke trustcel is de PCC. In de trustakte kan voorts worden vastgelegd dat er een of meer protectors zullen zijn voor de desbetreffende trust. Een protector valt te vergelijken met een commissaris. Deze protector zal de trustee met raad terzijde staan en toezicht houden op de trustee. Benoeming van een protector zal doorgaans geschieden door de aandeelhouders van de desbetreffende cel. Van elke trustcel dient een afzonderlijke administratie gevoerd te worden en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers dienen zodanig te worden bewaard dat te allen tijde de samenstelling en de inkomsten en uitgaven van elke trustcel uit de administratie zijn vast te stellen.¹⁷ Bij een PCC is het aandelenkapitaal verdeeld in series van aandelen die aangeduid worden met letters. Elke serie



Illustratie: Jop Luberti

ziet op een trust en zal in haar benaming ook het woord trust als onderdeel daarvan moeten bevatten.¹⁸ De begunstigden van bijvoorbeeld een trustcel Z en de aandeelhouders van de desbetreffende serie van aandelen Z zijn dan dezelfde personen. Het recht van de begunstigden bestaat uit de rechten die zij op grond van de statuten verkrijgen als aandeelhouder.¹⁹ Op grond van Boek 2 BWC is er overigens veel vrijheid om het aandelenkapitaal van de vennootschap in te richten naar eigen wensen en behoeften. Aldus kunnen de statuten bepalen dat er verschillende soorten aandelen zijn. Aandelen kunnen al dan niet deels een nominale waarde hebben, maar aandelen zonder nominale waarde zijn eveneens toegestaan.

Alhoewel de trustwetgeving in Curaçao de mogelijkheid biedt om binnen de rechtspersoon meerdere afgescheiden vermogens te creëren, wordt het in de praktijk in Curaçao als wenselijk ervaren om in Boek 2 BWC een eigen en duidelijk herkenbare rechtsvorm in het leven te roepen voor de PCC die sterke gelijkenis vertoont met, en dus ook concurrerend kan zijn met, buitenlandse soortgenoten. Er wordt in Curaçao daarom gesproken over invoering van

een eigen PCC-rechtsvorm. In juni 2014 verscheen een rapport van de Curaçao International Financial Services Association (CIFA), waarin werd geconstateerd dat een eigen rechtsvorm voor de PCC een stimulans kan zijn voor de Curaçaose economie in de concurrerende markt van financiële dienstverlening.²⁰ In andere jurisdicties, zoals Guernsey, Bermuda, Britse Maagdeneilanden, Mauritius en Seychellen komen vergelijkbare rechtsvormen voor, soms onder een andere naam, zoals de *segregated cell company*.²¹ In de praktijk bestaat in Curaçao, zo heb ik vernomen, behoefte aan een dergelijke herkenbare rechtsvorm. Deze behoefte bestaat in de praktijk onder meer bij paraplu-beleggingsinstellingen en *captive* verzekeringsmaatschappijen. Het voordeel van een PCC is bijvoorbeeld dat niet telkens voor elk van deze activiteiten een aparte vergunning van de relevante toezichthouder hoeft te worden gevraagd. Een PCC kan aldus met een beperkt aantal vergunningen opereren, hetgeen tot een aanzienlijke kostenbesparing kan leiden. Daarnaast geldt dat het feit dat het bestuur van een PCC diverse afgescheiden vermogens beheert, ook kostenbesparing tot gevolg kan hebben. Gedacht kan worden aan lagere kosten voor onder ander kantoorruimte, beheerskosten, personeel en IT-systemen.

Een dergelijke PCC zou een variant kunnen zijn van de Curaçaose NV of de BV. Naast oprichting zou een PCC ook op een later tijdstip kunnen ontstaan door statutenwijziging van een reeds bestaande NV of BV, door omzetting in een PCC en door juridische fusie of splitsing. Voorstelbaar is dat wordt geregeld dat een afzonderlijk afgescheiden vermogen (cel) failliet kan worden verklaard, maar dat een faillissement niet kan overslaan op een ander afgescheiden vermogen. Relevante besluitvorming door aandeelhouders van een PCC-cel zou door-

gaans genomen kunnen worden door de vergadering van houders van aandelen in het eigen afgescheiden vermogen. Voorts zou een afgescheiden vermogen ook procesbevoegdheid kunnen toekomen. Alhoewel uitgangspunt is dat procesbevoegdheid in beginsel slechts toekomt aan natuurlijke personen en rechtspersonen, wordt algemeen aanvaard dat bij uitzondering procesbevoegdheid ook kan toekomen aan verbanden of lichamen zonder rechtspersoonlijkheid.²² Ook zou bepaald kunnen worden dat alle afgescheiden vermogens door het bestuur van de PCC in het handelsregister ingeschreven moeten worden met vermelding van de naam van de cellen en welke (soort) aandelen voor een afgescheiden vermogen zijn uitgegeven. Voorstelbaar is ook, dat als onduidelijk is tot welk afgescheiden vermogen een vermogensbestanddeel behoort, het bestuur dan beslist tot welk afgescheiden vermogen dat vermogensbestanddeel behoort. Daarnaast zou geregeld kunnen worden dat een enquêteverzoek niet slechts op het niveau van de PCC zelf kan worden ingesteld, maar ook op het niveau van elk van de afgescheiden vermogens.

De huidige PCC-trustmogelijkheid in Curaçao vervult een behoefte. Niettemin bestaat er in de praktijk in Curaçao behoefte aan een herkenbare en duidelijke wettelijke regeling van een Protected Cell Company waar afscheiding van vermogens binnen dezelfde rechtspersoon op gebaseerd kan worden. Ik ben benieuwd of die eigen en duidelijk herkenbare rechtsvorm voor de PCC in Curaçao er gaat komen. Mocht dat het geval zijn, dan hoop ik dat dit de Nederlandse wetgever inspireert om ook in Nederland de PCC mogelijk te maken, opdat ook naar Nederlands recht een rechtspersoon met meerdere afgescheiden vermogens toegestaan is. Kortom, wordt hopelijk vervolgd. ■

* Mr. H. Koster is verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan de Universiteit van Dubai.

1 Enkele andere landen kennen wel een regeling hiervoor. Zo kent Italië de mogelijkheid om in een specifiek bedrijfsonderdeel van een rechtspersoon te investeren zonder dat schuldeisers van andere bedrijfsonderdelen zich op de activa daarvan kunnen verhalen. Deze *patrimonio destinato* is geregeld in art. 2447bis e.v. van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek. Een ander voorbeeld is de *series entities* uit de VS. Het betreft veelal een *limited liability company*. Een *series entity* beschikt over meerdere van elkaar afgescheiden vermogens. D.T. Gattuso, 'Series LLCs: Let's give the frog a little love', *Business Law Today* 2008. Zie ook C.S. McLoon & M.C. Callaghan, 'The dangerous charm of the Series LLC', *Maine Bar Journal* (24) 2009, afl. 4, p. 226-231.

2 Zie over het begrip afgescheiden vermogen N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: D.J. Haydon (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust, and trust like arrangements* (Serie Onderneming en Recht deel 5), Deventer: Tjeenk Willink 1996.

3 Zie ook A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 31), Deventer: Kluwer 2005, p. 97.

4 Zie art. 4:200 BW en art. 4:184 en art. 4:185 BW.

5 Zo ook Steneker 2005, p. 105.

6 Wet van 23 december 2015 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met de invoering van een algemeen pensioenfonds (Wet algemeen pensioenfonds), *Stb.* 2015, 549.

7 Zie over tracking stock onder meer T.H. Liem & D.J. Ex, 'Tracking stock: een alternatief voor splitsing van beursvennootschappen?', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 313-317, Th. Groenewald, 'Risico's bij tracking stock', *Ondernemingsrecht* 2004/70, p. 194-200, M. van Olffen, 'Juridische en niet juridische splitsing in concernverband', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Concernverhoudingen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69), Deventer: Kluwer 2002, p. 111-124 en R.A.F. Timmermans, 'Opheffing van een aandelensoort bij "tracking stock"', *Ondernemingsrecht* 2003/7, p. 248.

8 M. Bergervoet, 'Maakt de Curaçaose Trust het mogelijk een Protected (Trust) Cell Company op te richten?', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2012/4, p. 154-158.

9 Landsverordening van 15 december 2011 houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts, *FB* 2011, 67. Zie ook het themanummer van het WPNR over de Curaçaose Trust (*WPNR* 2012, afl. 6926).

10 Dat kan op basis van art. 3:134 lid 2 BWC.

11 In sommige jurisdicties, zoals Jersey, bestaat naast de *protected cell company* eveneens de *incorporated cell company* (ICC), waarbij de cellen rechtspersonen zijn. Voordeel is dat de cellen daarmee nog beter beschermd zijn (intern en extern). Nadeel is onder meer dat de kosten hoger zijn.

12 Art. 3:134 lid 2 BWC.

13 Op basis van art. 3:134 lid 1 BWC.

14 Zie M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012, afl. 6926, p. 292-307, noot 86.

15 Zie art. 3:130 lid 1 BWC.

16 Art. 3:127 lid 2 sub c BWC.

17 Art. 3:137 lid 2 BWC.

18 Art. 3:130 lid 1 sub e BWC.

19 Zie Bergervoet 2012.

20 *Segregated Cell Companies: The missing piece*, Advisory Committee on Segregated Cell Companies to the Board of CIFA, June 2014.

21 Bergervoet & Mansur 2012, noot 86.

22 M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel 1**. De Rechtspersoon, Deventer: Wolters Kluwer 2015/64.