



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



8

Afgezonderd particulier vermogen

8 Afgezonderd particulier vermogen

8.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bespreekt de trustachtige figuren als beschermingsfiguur. Aangezien ik hier het oog heb op rechtsfiguren die kwalificeren als afgezonderd particulier vermogen of APV in de zin van artikel 2.14a Wet IB 2001 zal ik eenvoudshalve ook wel spreken van APV, hoewel deze term in het civiele recht niet voorkomt. In het navolgende zal ik ingaan op twee vormen van APV's, te weten allereerst de Nederlandse stichting in het kader van de vraag of deze zodanig vormgegeven kan worden dat sprake is van een APV. Omdat het Nederlandse recht echter niet een echte APV-variant kent, zal ik tevens de rechtsfiguur bespreken die de wetgever geïnspireerd heeft tot het invoeren van de APV-regeling: de Anglo-Amerikaanse trust. Daarbij ga ik uit van het Engelse recht, aangezien de Anglo-Amerikaanse trust daarin zijn oorsprong vindt.⁵²⁸

Een beschrijving van deze APV-varianten wordt gevolgd door een bespreking van in hoeverre deze figuren geschikt zijn als beschermingsfiguur, van de wijze waarop zij de zeggenschap van de rechthebbende beperken en van de aanwezigheid van dan wel de noodzaak tot het treffen van een beheersregeling die het evenwicht tussen de bij het APV betrokken belangen bewaart. Ten slotte wordt ook voor het APV gekeken in hoeverre een legitimaris door middel van een beroep op zijn legitieme portie kan afdoen aan de doeltreffendheid van een APV als beschermingsfiguur.

8.2 Beschrijving van civielrechtelijke vormen van een afgezonderd particulier vermogen

8.2.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op de stichting en de Engelse trust als APV, wordt kort besproken wat een APV is. Artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 definieert een APV kort gezegd als een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover deze afzondering (i) aandelen, winstbewijzen of dergelijke rechten zijn uitgegeven of (ii) een economische deelgerechtigdheid is ontstaan.⁵²⁹ Het afzonderen van vermogen komt neer op het inbrengen van vermogen; zowel overdracht van vermogensbestanddelen om niet of onder maatschappelijk ongebruikelijke voorwaarden, als een overdracht onder zakelijke condities kan een zodanig inbreng zijn. Bij een zakelijke overdracht is, om deze als afzondering te laten kwalificeren, nog wel vereist dat inbreng plaatsvindt in een APV dat meer dan bijkomstig het particuliere belang van de overdrager of bepaalde van diens

⁵²⁸ Meer specifiek het recht van Engeland en Wales.

⁵²⁹ In paragraaf 14.3.1 e.v. wordt uitgebreid ingegaan op de APV-definitie en de verschillende aspecten daarvan.

familieleden nastreeft. De achtergrond van de uitzondering voor aandelen, etc. en economische deelgerechtigdheden is dat de bedoeling van de APV-regeling is om bij wetsfictie een aanknopingspunt te laten ontstaan voor belastingheffing in geval van zogenoemde “zwevende vermogens”. In de uitgezonderde gevallen bestaat een dergelijk aanknopingspunt al, zodat de regeling hier niet op van toepassing hoeft te zijn.

Een APV kan rechtspersoonlijkheid bezitten, maar dit hoeft niet. Voorbeelden van soorten APV's zijn de trust en de (familie)stichting, maar ook Stiftungen, Anstalts, Antilliaanse Stichtingen Particulier Fonds en Treuhands zijn genoemd als voorbeelden van APV's.⁵³⁰ Op de eerste twee varianten zal ik hierna ingaan.

8.2.2 De Nederlandse stichting als APV

De Nederlandse stichting leent zich niet van nature voor het gebruik als familiestichting. Dit wordt veroorzaakt door het zogenoemde uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW, op grond waarvan het doe^l⁵³¹ van de stichting niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan haar oprichters of leden van haar organen, noch het doen van uitkeringen aan anderen, met dien verstande dat uitkeringen aan anderen wel toegestaan zijn indien deze een ideële of sociale strekking hebben.⁵³² ⁵³³ Het functioneren van een stichting als familiestichting verdraagt zich op het eerste gezicht slecht met het uitkeringsverbod, omdat dit in de weg staat aan uitkeringen aan familieleden die de stichting hebben opgericht of zitting hebben in het bestuur of een eventueel ander orgaan van de stichting. Bovendien zouden ook uitkeringen aan andere, minder nauw bij de stichting betrokken,⁵³⁴ familieleden slechts mogelijk zijn indien deze een ideële of sociale strekking hebben en veelal zal de beoogde reikwijdte van uitkeringen door een familiestichting verder gaan dan uitkeringen van dergelijke aard.

Het uitkeringsverbod staat er echter niet aan in de weg dat de stichting overeenkomsten sluit en de daaruit voortvloeiende verplichtingen nakomt. Op deze gedachte is ook certificering gebaseerd: een uitkering die een STAK doet aan een certificaathouder

530 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9.

531 Hieronder moet mede worden verstaan het feitelijke doel, zie Asser/Rensen 2-III, 2017/324, alsmede W.J.M. van Veen, Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited, in: Met recht betrokken: Opstellen aangeboden aan prof.mr. T.J. van der Ploeg, Kluwer Deventer 2012, paragraaf 4.6.

532 Zie voor de achtergrond van het uitkeringsverbod bijvoorbeeld Van Veen 2012, met name paragraaf 2 en Reijnen, WPNR 2013/6989.

533 Aangenomen wordt dat een uitkering in strijd met het uitkeringsverbod als onverschuldigd betaald teruggevorderd kan worden, alsmede dat de stichting ontbindbaar kan worden op grond van artikel 2:21 lid 3 BW (zie Van Veen 2012, pagina 386, ook voor eventuele andere mogelijke acties).

534 De heersende leer in de literatuur is overigens dat het verbod op uitkeringen aan oprichters en leden van de organen van de stichting ziet op personen in die hoedanigheid, zodat ook een bestuurder van de stichting wel een uitkering (met een ideële of sociale strekking) zou kunnen ontvangen, indien deze uitkering geheel losstaat van zijn hoedanigheid van bestuurder (zie Reijnen, WPNR 2013/6989, pagina 793 – 794).

is geen (onverplichte⁵³⁵) uitkering in de zin van het uitkeringsverbod, maar het doen van een door de STAK verplichte betaling, uit hoofde van de met de certificaathouder gesloten beheersovereenkomst.⁵³⁶ Genuanceerder is Van Veen, die meent dat ook bij de nakoming van een contractuele verplichting sprake kan zijn van de overtreding van het uitkeringsverbod, tenzij tegenover de prestatie van de stichting een gelijkwaardige tegenprestatie staat, aangezien in het laatste geval geen sprake is van een.⁵³⁷ Desalniettemin is hij van mening dat het met oog op de strekking van het uitkeringsverbod (kort gezegd het gebruik van een stichting in plaats van bijvoorbeeld een NV voor het ontplooiën van commerciële activiteiten) niet de bedoeling is om de STAK onder de werking van dit verbod te brengen. In het verlengde daarvan ziet hij evenmin aanknopingspunten om (niet-ideële) uitkeringen door een familiestichting niet toe te staan (daarbij aannemend dat ook de familiestichting slechts vermogen beheert en geen commerciële activiteiten ontplooit). Een dergelijke familiestichting staat zijns inziens wel op gespannen voet met de tekst van artikel 2:285 lid 3 BW.⁵³⁸

Het lijkt mij bovendien de vraag in hoeverre bij een verplichting tot het doen van uitkeringen door een familiestichting (of een STAK) gezegd kan worden dat hier geen gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat. Op het moment van het doen van de uitkering ontvangt de stichting weliswaar geen tegenprestatie, maar zij heeft die reeds in het verleden gehad: de overdracht van het te beheren vermogen staat tegenover twee prestaties door de stichting: (i) beheer van het vermogen en (ii) uitkering op termijn van dit vermogen en eventuele (netto)revenue. Aangezien de stichting gedurende haar bestaan in principe het gehele ingebrachte vermogen en (netto)rendement uitkeert, zodat per saldo geen vermogen in de stichting resteert, kan men zeggen dat de prestatie van de inbrenger en die van de stichting een gelijke waarde vertegenwoordigen (de inspanningen van de stichting worden daarbij beloond in de vorm van vergoeding van haar kosten, waaronder in voorkomend geval een vergoeding voor haar bestuur en eventuele anderen die voor de stichting werkzaam zijn).⁵³⁹

535 Vergelijk Reijnen, WPNR 2013/6989, pagina 794 en de aldaar aangehaalde literatuur. Reijnen omschrijft een uitkering in de zin van het uitkeringsverbod als een onverplichte prestatie van de stichting, waartegenover geen gelijkwaardige tegenprestatie staat.

536 Aldus Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/658 (in relatie tot certificering, maar hetzelfde principe zou mijns inziens toepasbaar moeten zijn op andere verplichtingen dan die voortvloeien uit de beheersovereenkomst tussen de certificaathouder en de STAK).

537 Zie Van Veen 2012, pagina 391.

538 Van Veen 2012, paragrafen 4.7.2 en 4.7.3.

539 Een vergelijkbare benadering wordt door de Hoge Raad gevolgd in zijn arrest van 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18, dat betrekking heeft op de wijze waarop periodieke uitkeringen, in casu uit een trust, belast werden. De fiscale behandeling van de uitkeringen hing af van het antwoord op de vraag of de uitkeringen de tegenwaarde voor een prestatie vormden. De Hoge Raad overweegt dat dit beoordeeld moet worden vanuit het perspectief van de debiteur, in casu de trustee. Het gaat erom of degene die de uitkeringen is verschuldigd, een prestatie heeft genoten waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen zijn grond vindt. Het onderbrengen van vermogen in de trust is aan te merken als een zodanige prestatie. Hoewel dit een fiscaal arrest betreft, is de beantwoorde rechtsvraag van civielrechtelijke aard, zodat hetgeen de Hoge Raad in dat verband overweegt ook in civielrechtelijke context mijns inziens niet zonder betekenis is.

Op vergelijkbare wijze als bij certificering kan tussen de insteller van een familiestichting en de stichting een overeenkomst gesloten worden, die de stichting verplicht om onder bepaalde omstandigheden uitkeringen te doen aan bepaalde familieleden: de insteller draagt vermogen over aan de stichting onder de verplichting tot het doen van de uitkeringen.^{540 541} Daarbij kan de verplichting tot het doen van uitkeringen zodanig nauwkeurig bepaald zijn dat reeds vastligt (of bepaalbaar is) welke persoon op welk moment welke uitkering krijgt en de desbetreffende begunstigten reeds een concrete aanspraak hebben (vergelijkbaar met een fixed trust⁵⁴²), maar ook kan aan het bestuur van de stichting in meer of mindere mate een discretionaire bevoegdheid tot het doen van uitkeringen gegeven worden (zodat de familiestichting vergelijkbaar is met een discretionary trust).

Gezien de ongunstige fiscale behandeling van familiestichtingen en vergelijkbare rechtsfiguren tot 2010 werd het gebruik van de Nederlandse stichting als familiestichting tot dat moment echter (sterk) ontmoedigd.⁵⁴³ Met de invoering van de APV-regeling per 1 januari 2010 staan de fiscale aspecten evenwel minder aan het gebruik van een Nederlandse stichting als familiestichting in de weg.⁵⁴⁴ Als gevolg daarvan komt het gebruik van de Nederlandse stichting als (APV-achtige) beschermingsfiguur in beeld.

8.2.3 De Anglo-Amerikaanse trust

De Anglo-Amerikaanse trust kent een lange historie, welke terug te voeren is op de verovering van Engeland door William the Conqueror in 1066 en het door hem ingevoerde feodale stelsel. Het zou het bestek van dit onderzoek evenwel te buiten gaan om diep op deze historie in te gaan, dus hiervoor zij verwezen naar literatuur die dit onderwerp bespreekt.⁵⁴⁵ Het is bovendien niet mijn bedoeling om de kenmerken van de

540 Vergelijk in dit verband ook Reijnen, WPNR 2013/6989, pagina 795, die aangeeft dat indien een stichting vermogen aanwendt in overeenstemming met haar doel, sprake is van het voldoen aan een verplichting, zodat geen sprake is van een uitkering. Aangezien de inbreng van vermogen in een familiestichting (of een STAK) plaatsvindt onder de impliciete of expliciete voorwaarde om dit vermogen aan te wenden binnen een bepaalde kring van personen, is het uitvoeren hiervan zijns inziens geen (verboden) uitkering, maar het voldoen aan een verplichting. Zie voorts M.U.M.A. Waaijer-Linders, Trust in de familiestichting, WPNR 2010/6848, paragraaf 6.1, die meent dat bij een familie- of APV-stichting geen sprake is van strijd met het uitkeringsverbod, omdat de stichting bij het doen van uitkeringen een verplichting nakomt uit de met de inbrenger van het vermogen gesloten overeenkomst.

541 In paragraaf 8.6 wordt ingegaan op de kwalificatie van deze overeenkomst en de vraag of sprake kan zijn van een schenking die de legitieme portie kan schenden.

542 Zie voor de fixed trust en discretionary trust nader paragraaf 8.2.3.6.

543 Kort gezegd heffing van schenkingsrecht tegen derdenterief (tot 68%) over de inbreng in de familiestichting indien de inbrenger (al dan niet fictief) in Nederland woonachtig was, gezien HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, ECLI:NL:HR:1998:AA2566 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, BNB 1999/35 – 37.

544 Zie voor de APV-regeling hoofdstuk .

545 Zie bijvoorbeeld Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.2, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, hoofdstuk 1 (met name paragrafen 1.4 – 1.8), alsmede Megarry & Wade, The law of real property, Ninth Edition, Sweet & Maxwell 2019 2016 (in het bijzonder hoofdstukken 2 – 4 en 8) en Underhill and Hayton, Law of Trust and Trustees, Nineteenth Edition, LexisNexis.

trust uitputtend te bespreken. Wel wil ik stilstaan bij de voornaamste kenmerken, als basis voor het fungeren van de trust als beschermingsfiguur, alsmede voor de fiscale kwalificatie van de trust onder de APV-regeling. Hieronder zal ik derhalve kort ingaan op definities van de trust, op de aard van de trust als rechtsverhouding en op de positie van de verschillende bij de trust betrokken personen.

8.2.3.1 Definitie van de trust

De trust is een veelzijdige rechtsfiguur, die niet eenvoudig te omschrijven valt. Hayton merkt in dit verband op:

*Like an elephant, a trust is difficult to describe, but easy to recognise.*⁵⁴⁶

In Underhill and Hayton wordt desalniettemin de volgende definitie gegeven:

*A trust is an equitable fiduciary obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property (called trust property) owned and controlled by him as a separate fund, distinct from his own private property, for the benefit of persons (called beneficiaries [...]), of whom he may himself be one, and any one of them may enforce the obligation.*⁵⁴⁷

Hierbij ligt de nadruk op de relatie tussen de trustee en de beneficiaries. De settlor, die de trustverhouding in het leven geroepen heeft, maakt van deze relatie geen deel uit (althans niet in die hoedanigheid). Het is mogelijk dat de trustee tevens een beneficiary is, maar hij kan niet de enige beneficiary zijn.⁵⁴⁸ Definities van andere auteurs leggen de nadruk op andere aspecten van de trustverhouding.⁵⁴⁹

De kenmerken van een trust worden voorts beschreven in artikel 2 van het Haags Trustverdrag:⁵⁵⁰

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been

546 Hayton 1996, pagina 3. Hayton geeft hier ook aan dat de Engelse rechter nooit een definitie van de trust heeft gegeven, waaruit regels ter zake van de trust kunnen worden afgeleid.

547 Underhill and Hayton 2016, pagina 3. Zie voorts pagina 62 e.v. voor een samenvatting van de voornaamste kenmerken van een Engelse trust.

548 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 14.

549 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 2.4 voor aanvullende definities van een trust, evenals hun commentaar hierop.

550 Haags Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts van 1985. Underhill and Hayton 2016, pagina 13, merkt op dat de begripsomschrijving van artikel 2 van het Haags Trustverdrag de onderscheidende kenmerken van de trust goed belicht. Wel is van belang om op te merken dat het Haags Trustverdrag in beginsel slechts betrekking heeft op de express trust en niet op trusts die ontstaan zonder dat sprake is van een (schriftelijke) wilsuiting van de settlor (vergelijk artikel 3 HTV).

placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;*
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;*
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Het ontstaan van een trust vereist geen tegenprestatie en het onder trustverband brengen van vermogen vertoont daarmee een zekere parallel met een schenking.⁵⁵¹ De settlor heeft ook geen rechten om de voorwaarden van de trust af te dwingen, te wijzigen of te herroepen, tenzij deze uitdrukkelijk zijn voorbehouden op het moment dat de trust gecreëerd werd. Slechts de beneficiaries kunnen de trust afdwingen (of onder omstandigheden beëindigen⁵⁵²).⁵⁵³

8.2.3.2 Aard van de trust

De trust is moeilijk in te passen in ons civiele recht, dat niet bekend is met deze rechtsfiguur, noch met het daaraan verbonden concept van het naast elkaar bestaan van legal ownership (bij de trustee) en equitable ownership⁵⁵⁴ (bij de beneficiaries). Om hier stil te staan bij alle juridische gevolgen die aan de trustverhouding verbonden zijn gaat te ver, maar voor een goed begrip van wat deze verhouding (mede) inhoudt, is mijns inziens van belang om het volgende in gedachten te houden:

551 In paragraaf 8.6.1 wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de inbreng van vermogen in een trust als gift kan kwalificeren.

552 Zie nader paragraaf 8.6.

553 Underhill and Hayton 2016, pagina 19 – 20.

554 De verleiding bestaat wellicht om de legal owner te beschouwen als juridisch eigenaar en de equitable owner als economisch eigenaar. Gezien het verschil tussen het Engelse en het Nederlandse rechtssysteem wekt het gebruik van dergelijke terminologie mijns inziens echter de verkeerde indruk. Derhalve zal ik de Engelse terminologie blijven hanteren en spreken van legal respectievelijk equitable ownership, interest, etc. De term "equitable interest" relateert aan de omstandigheid dat oorspronkelijk slechts courts of equity dit erkenden (Underhill and Hayton 2016, pagina 78).

- Een trust heeft geen rechtspersoonlijkheid:⁵⁵⁵ het is de trustee die de legal title van het trustvermogen houdt, die met derden handelt en bijvoorbeeld overeenkomsten met hen sluit, alsmede degene die in rechte optreedt.⁵⁵⁶
- Een trust is geen overeenkomst⁵⁵⁷ en deze wordt derhalve ook niet beheerst door het Engelse overeenkomstenrecht. Tussen trusts en overeenkomsten bestaat een behoorlijk aantal verschillen, waaronder de omstandigheid dat de rechter een veel uitgebreidere rol speelt in het geval van trusts.⁵⁵⁸
- De bij een trust naast elkaar bestaande legal ownership en equitable ownership worden wel voorgesteld als een splitsing van eigendom. Het schept evenwel vermoedelijk meer duidelijkheid om de positie van trustee en beneficiary te vergelijken met die van een hoofdgerechtigde en een beperkt gerechtigde, hoewel ook deze vergelijking op bepaalde punten mank gaat.⁵⁵⁹ Aan een equitable interest zijn namelijk bepaalde zakenrechtelijke aspecten verbonden:
 - o De beneficiary heeft het recht van “tracing”⁵⁶⁰, dat zich op twee wijzen uit. Stel dat de trustee in strijd met de voorwaarden van de trust een tot het trustvermogen behorend goed vervreemd heeft. De beneficiary heeft dan een aantal mogelijkheden, waaronder⁵⁶¹ de volgende:
 - Ter zake van het trustvermogen kan sprake zijn van zaaksvervanging: ook goederen die in de plaats komen voor goederen waarop het trustverband rust, kunnen onder het trustverband komen. De beneficiary heeft dan met betrekking tot de nieuwe goederen dezelfde rechten als hij had ter zake van de oorspronkelijke. Wel is noodzakelijk dat de vervangende goederen identificeerbaar zijn.⁵⁶²
 - Daarnaast heeft de beneficiary onder omstandigheden de

555 Underhill and Hayton 2016, pagina 4. Zie evenwel Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.6.2, waar hij refereert aan fiscale literatuur waarin betoogd is dat een business trust (een meer ondernemingsgerichte trust) rechtspersoonlijkheid zou hebben.

556 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 16.

557 In Underhill and Hayton 2016, pagina 19, wordt de trust omschreven als “an equitable fiduciary obligation which creates a proprietary interest in the beneficiaries capable of binding third parties”.

558 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 21 e.v. voor een uitgebreide opsomming.

559 Vergelijk W.J. Zwolve, C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 2000, pagina 285 e.v.

560 Voluit “tracing the trustfund into its product”. Zie hierover bijvoorbeeld Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1, alsmede Zwolve 2000, pagina 286 en 288 e.v.

561 Zie nader paragraaf 8.2.3.7.2 voor de mogelijke acties die de beneficiary ten dienste staan indien de trustee in breach of trust handelt.

562 Zie Zwolve 2000, pagina 289, die een uitgebreide beschrijving van omstandigheden waaronder tracing van een goed toch niet mogelijk blijkt, omdat dit niet identificeerbaar is als zijnde het goed dat een trustgoed vervangt.

mogelijkheid om de verkrijger van het trustgoed aan te spreken: deze heeft het goed verkregen onder de last van het trustverband en houdt het derhalve in beginsel on trust⁵⁶³ voor de beneficiary. De verkrijger kan dan verplicht worden tot overdracht van het goed aan de beneficiary of aan een nieuwe trustee. De verkrijger geniet evenwel bescherming indien hij een “bona fide purchaser for value without notice”⁵⁶⁴ is, oftewel indien hij te goeder trouw verkregen heeft (zonder te (moeten) weten van het trustverband⁵⁶⁵) en tegen een tegenprestatie^{566, 567}. Indien de verkrijger wel te goeder trouw is, maar om niet verkregen heeft, geniet hij een beperktere bescherming: de beneficiary moet eerst de trustee aanspreken, voordat hij bij de verkrijger van het trustgoed aanklopt⁵⁶⁸.

- o De trustee is weliswaar de legal owner van het trustvermogen, maar dit wordt aangehouden ten gunste van de beneficiaries (of het charitatieve doel waarvoor de trust is ingesteld) en maakt geen deel uit van het privévermogen van de trustee. Dit uit zich in de omstandigheid dat de crediteuren van de trustee zelf geen verhaal hebben op het trustvermogen.⁵⁶⁹ Men kan het trustvermogen in zoverre als een afgescheiden vermogen zien.⁵⁷⁰

De beneficiary zou derhalve in zeker zin vergeleken kunnen worden met de rechthebbende tot een beperkt zakelijk recht, waarbij de trustee dan de hoofdgerechtigde is, wiens eigendom bezwaard en beperkt wordt door het recht van de beneficiary. De splitsing die legal en equitable ownership met zich brengen, verschilt evenwel van de splitsing die bij het vestigen van een beperkt zakelijk recht tot stand wordt gebracht.

563 In dit geval is sprake van een constructive trust, zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1. Zie voor de constructive trust nader paragraaf 8.2.3.3.

564 *Voluit bona fide purchaser of a legal interest for value without notice of the equitable interest affecting it* (Underhill and Hayton 2016, pagina 79).

565 Zie Hayton 1996, pagina 11.

566 Zie Zwarte 2000, pagina 286, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, pagina 70.

567 Dit uitgangspunt wordt “the polar star of equity” genoemd en de verkrijger in deze context “equity’s darling”, zie F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Sdu Den Haag, pagina 22 en Megarry & Wade 2019, paragrafen 4-012 en 4-013: *Legal rights are good against all the world; equitable rights are good against all persons except a bona fide purchaser of a legal estate for value without notice, and those claiming under such a purchaser.*

568 Gilissen, dissertatie 2012, pagina 135.

569 Dit geldt zowel voor het trustvermogen en de vruchten daarvan, als voor goederen die bevoegdelyk door de trustee verkregen zijn in de plaats van (oorspronkelijk) tot het trustvermogen behorende goederen (Underhill and Hayton 2016, pagina 3).

570 Vergelijk in dit verband artikel 3:127 lid 2 sub a van het Curaçaose BW (te vinden in de Landsverordening van de 15de december 2011 houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts). Het Curaçaose recht kent als civil law jurisdictie van oorsprong het concept van een trust niet, noch het onderliggende concept van legal en equitable ownership. Bij de introductie van de trust in het Curaçaose BW heeft men derhalve expliciet bepaald dat de goederen van de trust een afgescheiden vermogen vormen en geen deel uitmaken van het vermogen van de trustee.

Het equitable interest⁵⁷¹ vertegenwoordigt het gehele economische belang bij het trustvermogen. Het is in beginsel overdraagbaar, het kan vererven en het is in principe ook vatbaar voor verhaal door crediteuren van de beneficiary⁵⁷². De legal ownership vertegenwoordigt daarentegen de zeggenschap ter zake van de onder trustverband gebrachte goederen. De trustee heeft echter geen economisch belang bij deze goederen.⁵⁷³ De trust leidt derhalve tot een splitsing van macht en belang, die bij een beperkt zakelijk recht naar Nederlands recht niet op die manier voorkomt: zowel de beperkt gerechtigde als de hoofdgerechtigde hebben in dat geval beide een deel van de macht en een deel van het economische belang.⁵⁷⁴

8.2.3.3 Ontstaansgronden trust

Trusts zijn op basis van verschillende criteria in categorieën onder te verdelen, zoals het doel van de trust, maar ook de grond van diens ontstaan. In deze paragraaf ga ik allereerst kort in op de verschillende ontstaansgronden.

Een trust kan op verschillende wijzen in het leven geroepen worden:⁵⁷⁵

- (a) door een intentie om een trust te creëren, door middel van een uitdrukkelijke of expliciete verklaring van de settlor (express trust);
- (b) op grond van de wet (statutory trust);
- (c) van rechtswege, omdat het (rechters)recht het bestaan van een trust aanneemt zonder een daartoe strekkende rechtshandeling, met als gevolg dat de juridische

571 Dat overigens aan meer dan één persoon kan worden toegekend, zowel gelijktijdig als volgtijdelijk (zie Zwolve 2000, pagina 294).

572 Die hebben dan slechts verhaal op het equitable interest zelf, niet op het trustvermogen; zie Zwolve 2000, pagina 295.

573 Althans niet in zijn hoedanigheid van trustee. Het is mogelijk dat de trustee tevens één van de beneficiaries is en dat hij in die hoedanigheid een (potentieel) economisch belang heeft. Bij totstandkoming van de trust kunnen zowel de bevoegdheid tot overdracht als de mogelijkheid van verhaal door crediteuren worden uitgesloten, zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 70.

574 Vergelijk Zwolve 2000, pagina 296.

575 Underhill and Hayton 2016, pagina 85 – 86 alsmede Zwolve 2000, pagina 306.

titel aan de een toekomt, maar het equitable interest bij een ander (een resulting trust⁵⁷⁶ of een constructive trust⁵⁷⁷).⁵⁷⁸

De relevantie van het onderscheid tussen de verschillende wijzen waarop een trust ontstaat, is bijvoorbeeld gelegen in de omstandigheid dat bij het creëren van een express trust bepaalde formaliteiten gelden, waar dat bij een resulting of constructive trust niet het geval is⁵⁷⁹.

Gezien mijn focus op de trust als beschermingsfiguur, ga ik in het navolgende uit van de situatie waarin de settlor het oogmerk had om een trust te creëren, oftewel van de express trust.

8.2.3.4 Toepassingen van de trust

Een trust is een zeer flexibele figuur, met nagenoeg oneindige toepassingsmogelijkheden.⁵⁸⁰ De trust kan gebruikt worden in de familiesfeer, bijvoorbeeld als beschermingsfiguur. Ook is gebruik van een trust ten bate van een goed doel mogelijk, alsmede toepassing in zakelijke context, bijvoorbeeld doordat de trustee de houder is van zekerheden verstrekt ten gunste van meerdere of wisselende crediteuren of in geval van een trust die fungeert als beleggingsfonds of een pensioenfonds.⁵⁸¹

In dit verband kan een onderscheid gemaakt worden tussen private trusts, die gericht zijn op de belangen van één of meer bepaalde of bepaalbare beneficiaries, zoals een family trust die het beschermen van het familievermogen tot doel heeft. Daarentegen is ook een trust zonder beneficiaries mogelijk, bijvoorbeeld een charitable trust of een

576 Een resulting trust kan, kort gezegd, ontstaan in geval van de overdracht van een goed om niet, terwijl er geen aanwijzing is dat de overdrager de intentie had om een schenking te doen of een lening te verstrekken, of om afstand te doen van het goed. In een dergelijk geval ontstaat een trust met de overdrager als beneficiary (Hayton and Underhill, pagina 87).

577 Een constructive trust kan zich voordoen in bepaalde specifieke situaties, waarin het onredelijk geacht wordt (op grond van de principes van equity) dat de legal owner een goed ten eigen bate houdt, met uitsluiting van degene die daar aanspraak op maakt. De legal owner moet het goed dan niet voor zichzelf houden, maar voor degene die hiervan equitable ownership heeft. Een voorbeeld is de derde die trustvermogen verkrijgt, maar geen koper te goeder trouw is en dus gehouden is om het goed terug te geven. Tot het moment dat dit gebeurt, is sprake van een constructive trust met de derde-verkrijger als trustee (Underhill and Hayton, pagina 89 – 90). Zie voor nadere voorbeelden Zwolve 2000, pagina 319 e.v.

578 Resulting trusts en constructive trusts worden beide ook wel aangeduid als implied trusts. Kennelijk is het evenwel een enigszins onduidelijke c.q. misleidende term, zie Underhill and Hayton 2016, pagina 92.

579 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 76.

580 Underhill and Hayton 2016, pagina 65, merkt op: *its uses are as unlimited as the imagination of lawyers in taking account of the wishes of bankers, financiers and businessmen in the commercial context.* Zie bijvoorbeeld Zwolve 2000, pagina 350 voor een aantal mogelijke toepassingen.

581 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 65 e.v., voor verschillende vormen van gebruik van trusts in zakelijke context.

honorary trust.⁵⁸² Zogenoemde purpose trusts, dat wil zeggen trusts gericht op een specifiek doel, in plaats van bepaalde beneficiaries, terwijl geen sprake is van een charitatief doel, maar bijvoorbeeld een politieke doelstelling, zijn in beginsel nietig. Een uitzondering zijn de honorary trusts.⁵⁸³

8.2.3.5 Instellen van een express trust

Bij het in het leven roepen van een express trust zijn verschillende situaties denkbaar. De trust kan zowel tijdens het leven van de settlor in het leven geroepen worden (*inter vivos*), als bij testament (*mortis causa*). Ik ga hierna in beginsel uit van een trustcreatie *inter vivos*. Daarvan uitgaand heeft de aspirant-settlor twee mogelijkheden: hij kan een trust in het leven roepen: (i) door een verklaring dat bepaalde van zijn goederen voortaan door hem in trust gehouden zullen worden (declaration of trust)⁵⁸⁴ of (ii) door vermogen over te dragen aan een trustee en te verklaren onder welke trust het desbetreffende vermogen door de trustee aangehouden zal worden (transfer in trust). De trust is onherroepelijk, tenzij een recht om te herroepen expliciet is voorbehouden bij het in het leven roepen van de trust.⁵⁸⁵

Het is van belang om in gedachten te houden dat het in het leven roepen van een trust als zodanig een *eenzijdige* rechtshandeling is, ook indien sprake is van een transfer in trust (zoals hiervoor is opgemerkt is een trust ook geen overeenkomst). Een trust kan ook ontstaan terwijl de trustee ontbreekt, zie hierna. Van belang is evenwel om op te merken dat voor de transfer in trust voldaan dient te zijn aan de voor de goederen, die het trustvermogen moeten gaan vormen, geldende vereisten voor de overdracht hiervan. Voor een geldige transfer in trust zijn derhalve vereist (i) de intentie om een trust in het leven te roepen (zie ook hierna) en (ii) een geldige overdracht van een of meer goederen.⁵⁸⁶

Om een express trust in het leven te kunnen roepen, moet de settlor handelingsbekwaam, handelingsbevoegd en beschikkingsbevoegd zijn.⁵⁸⁷ Voorts moet een aantal elementen met redelijke zekerheid vaststaan:⁵⁸⁸

- (a) certainty of intention: de intentie om een trust in het leven te roepen;⁵⁸⁹

582 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.2. Een honorary trust is een trust die met het oog op een abstract doel is ingesteld, zoals het onderhouden van een graf.

583 Zie Zwolve 2000, pagina 304.

584 In dit geval worden de desbetreffende goederen afscheiden van het eigen vermogen van de settlor. Aangezien de settlor reeds de legal owner is, is een overdracht van de goederen niet nodig.

585 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 215, alsmede Zwolve 2000, pagina 308 e.v.

586 Zie Zwolve 2000, pagina 310 - 311.

587 Zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 92.

588 Underhill and Hayton 2016, pagina 121 - 122 en 128 e.v. Zie voorts Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.1.

589 Het is niet nodig dat deze intentie blijkt uit een akte of uit een ander bewijsmiddel, noch dat specifieke formuleringen gebruikt worden (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.1).

- (b) certainty of subject matter: hetgeen impliceert dat zowel het trustvermogen⁵⁹⁰ voldoende bepaalbaar moet zijn⁵⁹¹, als welke beneficiaries een aanspraak kunnen maken op welk deel van het trustvermogen⁵⁹²;
- (c) certainty of object matter: de beoogde beneficiaries moeten voldoende bepaalbaar zijn;⁵⁹³ en
- (d) het doel van de trust, zodat de trust administratief uitvoerbaar⁵⁹⁴ (administratively workable) is.

Indien het trustvermogen, de beneficiaries of het doel van de trust (de wijze waarop de beneficiaries voordeel moeten hebben van de trust) onvoldoende bepaalbaar is, komt de trust niet tot stand, maar is sprake van een resulting trust ten behoeve van de settlor. In geval van een fixed⁵⁹⁵ trust worden hogere eisen gesteld aan de bepaalbaarheid van de beneficiaries dan bij een discretionary trust het geval is.⁵⁹⁶ Bij een discretionary

590 In beginsel kunnen alle goederen, inclusief equitable interests, deel uitmaken van het trustvermogen, tenzij deze op grond van de wet of een contract onoverdraagbaar zijn (Underhill and Hayton 2016, pagina 261).

591 Hiervan is bijvoorbeeld geen sprake indien iemand 100 (ongenummerde) aandelen heeft en verklaart trustee te zijn ter zake van 20 daarvan. Pas indien 20 aandelen zijn gesepareerd van de 80 die (volledig) van de settlor blijven, is sprake van voldoende zekerheid om de trust te laten ontstaan. Indien niet een aantal genoemd wordt, maar een percentage, bijvoorbeeld 20%, is wel sprake van voldoende zekerheid ter zake van het trustvermogen.

In het algemeen is voldoende dat er een methode is op basis waarvan bepaald kan worden wat tot het trustvermogen behoort, bijvoorbeeld het bedrag van een bepaalde vrijstelling van erfbelasting, zoals dat op het moment van overlijden van de settlor geldt.

592 Dit laatste vereiste geldt evenwel niet voor discretionary trusts, aangezien daarbij naar hun aard vooraf nog geen aanspraken vaststaan (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.1, noot 119).

593 Ook rechtspersonen kunnen optreden als beneficiary. Een trust moet bovendien in beginsel ten gunste van personen zijn, zodat er steeds iemand is die naleving van de trust kan vorderen. Een uitzondering geldt voor een trust met een charitatief doel en voor bepaalde hele specifieke niet-charitatieve oogmerken zoals de verzorging van een graf.

594 De achterliggende gedachte is dat de uitvoering van een trust onder controle van de rechter staat en dat deze zo nodig in staat moet zijn om uitvoering aan de trust te geven. Hiervan is bijvoorbeeld geen sprake indien de beneficiaries zijn "eenieder als zodanig aangewezen door de trustee, met uitzondering van de trustee", aangezien dit een oneindig grote groep potentiële beneficiaries oplevert. Evenzo indien de beneficiaries zijn "alle inwoners van de gemeente Amsterdam". Vergelijk Underhill and Hayton 2016, pagina 149 e.v.

595 Op het onderscheid tussen een fixed en een discretionary trust wordt kort ingegaan in paragraaf 8.2.3.6.

596 Zie Underhill and Hayton, pagina 117. Bij een fixed trust is het noodzakelijk dat vanaf aanvang duidelijk is dat (i) bepaalbaar is wie de beneficiaries zijn of (ii) dat bepaalbaar zal zijn op het moment dat de uitkering plaats moet vinden. Zo is sprake van voldoende bepaalbaarheid indien de inkomsten van het trustvermogen naar A gaan gedurende zijn leven en het kapitaal na A's overlijden naar de kinderen van A in gelijke delen. Op het moment dat A overlijdt, is vast te stellen wie de kinderen van A zijn (vergelijk Underhill and Hayton, pagina 137 – 138). Bijvoorbeeld een omschrijving als "mijn vrienden" leidt tot een zodanige onzekerheid ter zake van de beneficiaries dat de trust niet geldig is, ook ingeval het een discretionary trust betreft.

trust is voldoende dat van iedere aspirant-beneficiary bepaald kan worden of hij als beneficiary kwalificeert of niet.⁵⁹⁷

De trust kan echter wel bestaan zonder trustee: indien vermogen overgedragen wordt aan een persoon als trustee zonder diens kennis en deze weigert zodra hij ermee bekend raakt, dan blijven de belangen van de beneficiaries, zoals die ontstaan zijn op het moment van de overdracht, in stand.⁵⁹⁸ Een ander voorbeeld is een bij testament ingestelde trust, waarbij de trustee ontbreekt op het moment dat de settlor overlijdt, bijvoorbeeld omdat de beoogde trustee vooroverleden is.⁵⁹⁹ In een dergelijk geval treedt bijvoorbeeld de settlor op als trustee, totdat een vervangende trustee gevonden is.

Afgezien van de voornoemde zekerheden waaraan voldaan moet zijn, worden de mogelijkheden tot het instellen van een trust op een aantal wijzen beperkt.⁶⁰⁰

- (a) Rule against perpetuities: alle equitable interests die afhankelijk zijn van een opschortende voorwaarde of tijdsbepaling moeten voor het einde van de zogenoemde perpetuity period vaststaan. De maximale duur van deze perpetuity period is in de loop der tijd aan verandering onderhevig geweest. Met invoering van de Perpetuities and Accumulations Act 2009 is een uniforme termijn van 125 jaar ingevoerd, die in beginsel geldt voor trusts ingesteld na 5 april 2010.⁶⁰¹ Een aanspraak die op dit moment nog niet vaststaat⁶⁰², wordt geacht niet te zijn toegekend en indien niemand op dat moment een equitable interest verkregen heeft, is de trust nietig.
- (b) Rule against inalienability: de settlor kan bij het instellen van de trust bepalen dat bepaalde tot het trustvermogen behorende goederen niet vervreemd mogen worden. Dit kan evenwel niet onbeperkt, om te voorkomen dat goederen voor onbepaalde tijd onttrokken worden aan het handelsverkeer. Op grond van deze rule moeten trustgoederen vrij beschikbaar komen ten gunste van de

597 Underhill and Hayton 2016, pagina 139 e.v. In het verleden werd (ook voor fixed trusts) de strengere toets gehanteerd dat een lijst van alle beneficiaries opgesteld moest kunnen worden. Dit is in geval van een discretionary trust doorgaans een (aanmerkelijk) grotere opgave.

598 Underhill and Hayton 2016, pagina 15: "Equity will not allow a trust to fail for want of a trustee". Zie voorts Zwolve 2000, pagina 311 – 312.

599 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 127.

600 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.2.

601 Zie Megarry & Wade, paragrafen 8-018 en 8-065.

602 Voor het vaststaan van de aanspraak is nodig dat (i) de beneficiary die de aanspraak heeft is aangewezen en bestaat, (ii) de omvang van zijn belang is vast te stellen en (iii) eventuele voorwaarden zijn vervuld. De omstandigheid dat het genot is uitgesteld in de tijd is geen probleem, zolang de aanspraak maar definitief (vested) is (zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 101). Hierbij zij opgemerkt dat de termen vested en contingent misleidend kunnen zijn; de suggestie kan ontstaan dat vested inhoudt dat een aanspraak onvoorwaardelijk is, terwijl contingent een voorwaardelijke aanspraak inhoudt. Een aanspraak die vested is, kan echter onder omstandigheden nog wijzigen (vergelijk Megarry & Wade, paragrafen 8-001 – 8-006).

beneficiaries 21 jaar na het overlijden van de laatststervende van in de trustakte genoemde personen die op het moment van instelling reeds in leven waren.⁶⁰³

- (c) Rule against accumulation: deze rule beoogt tegen te gaan dat inkomsten uit het trustvermogen gedurende een onbeperkte periode worden toegevoegd aan het trustvermogen. Onder het Engelse recht zijn er vier perioden gedurende welke het oppotten van inkomsten mogelijk is. Na het verstrijken daarvan is een toevoeging van inkomsten aan het trustvermogen nietig en zijn de beneficiaries direct tot deze inkomsten gerechtigd. De Perpetuities and Accumulations Act 2009 heeft de rule against accumulation grotendeels afgeschaft voor trusts ingesteld na 5 april 2010.⁶⁰⁴

Voorts is een trust die gecreëerd is met een verboden oogmerk nietig. Hierbij kan gedacht worden aan een trust die beoogt om vermogen aan het rechtsverkeer te onttrekken voor een langere periode dan wettelijk is toegestaan, maar ook trusts die bijvoorbeeld immoreel gedrag of fraude stimuleren.⁶⁰⁵

8.2.3.6 Vormen van belang bij trustvermogen

Het Engelse recht onderscheidt twee vormen van belang die men bij vermogen kan hebben: legal interests en equitable interests. Een legal interest wordt verkregen indien alle vereisten voor een overdracht van een volledige titel ("complete title") zijn vervuld; dit laat zich vergelijken met wat onder Nederlands recht (juridische) eigendom is. Een beneficiary heeft daarentegen een equitable interest. De trustee houdt in dit geval doorgaans het legal interest, met dien verstande dat ook mogelijk is dat de trustee een equitable interest houdt ten behoeve van de beneficiaries.⁶⁰⁶

Het hangt af van de voorwaarden van de trust wat het equitable interest van een beneficiary inhoudt. Allereerst kan hierbij een onderscheid gemaakt worden tussen fixed en discretionary interests. In geval van een fixed interest heeft de beneficiary een aanspraak, met dien verstande dat een dergelijke aanspraak zeer uiteenlopend van aard kan zijn.⁶⁰⁷ In dit geval is reeds bepaald welke beneficiary uiteindelijk wat zal krijgen;

603 Vergelijk tevens Megarry & Wade, paragraaf 8-147 e.v.

604 Zie Megarry & Wade, paragraaf 8-158 e.v.

605 Vergelijk Underhill and Hayton 2016, pagina 270 – 271, waar meer situaties worden genoemd.

606 Zie Underhill and Hayton, pagina 78.

607 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.2 voor een beschrijving van hoe eigendom, bijvoorbeeld gelijktijdig of volgtijdelijk, gesplitst kan worden en tot welke al dan niet toekomstige of voorwaardelijke vormen van rechten voor de beneficiaries dit kan leiden. Zie voorts Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 3.2 e.v., waar hij ingaat op het feodale landrecht als oorsprong van het Anglo-Amerikaanse goederenrechtelijke systeem en de interests die zich binnen dit systeem voordoen. Een bijzondere (en afwijkende) vorm van de fixed trust is de zogenoemde bare trust (of simple trust), waarbij de trustee geen enkele actieve (beheers)verplichting heeft met betrekking tot het trustvermogen, maar dit slechts houdt voor de beneficiary. De beneficiary is onmiddellijk gerechtigd tot zowel het trustvermogen als de inkomsten daaruit (Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.2).

de trustee heeft hier geen invloed meer op. Dat wil overigens niet zeggen dat steeds al precies te zeggen is wat of welke waarde een specifieke beneficiary zal ontvangen, maar wel dat zijn aanspraak bepaalbaar is.

Indien echter sprake is van een discretionary trust, dan heeft de beneficiary nog geen concrete aanspraak, maar slechts een verwachting. Hij is slechts in de positie dat hij in aanmerking kan komen voor een uitkering, die de trustee op basis van zijn discretionaire bevoegdheden toekent.⁶⁰⁸

8.2.3.7 Bij de trust betrokken personen

Hieronder ga ik op hoofdlijnen in op de bij de trust betrokken personen en de rechten en belangen die zij (kunnen) hebben.

8.2.3.7.1 Settlor

De settlor is degene die de trust in het leven roept. Hierna houdt zijn betrokkenheid in beginsel op.⁶⁰⁹ De naleving van de verplichtingen die de trustee heeft kan in beginsel ook niet door de settlor worden afgedwongen; het zijn de beneficiaries die dit kunnen doen.⁶¹⁰

Het is evenwel mogelijk dat de settlor een bepaalde mate van betrokkenheid bij de trust behoudt. Dit kan allereerst doordat de settlor zich bij de instelling van de trust bepaalde bevoegdheden voorbehoudt, zoals de bevoegdheid om de trustee te ontslaan en een nieuwe te benoemen of om beneficiaries te schrappen uit of toe te voegen aan de groep van personen die in aanmerking komt voor een uitkering. Dergelijke bevoegdheden kunnen evenwel ook toegekend worden aan een ander, een protector.⁶¹¹ Ook kan de settlor zich het recht voorbehouden om de trust te herroepen (power to revoke), welk recht geacht wordt mede het recht te omvatten om de trustverhouding aan te passen. Het is ook mogelijk om te bepalen dat het trustvermogen na herroeping niet terugkeert naar de settlor, maar zal toekomen aan een ander. Het recht om te herroepen heeft evenwel geen terugwerkende kracht, zodat reeds gedane uitkeringen niet teruggedraaid

608 Vergelijk Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.3, ook voor definities van de fixed en discretionary trust. Zie met betrekking tot de discretionary trust voorts paragraaf 6.5.3.5.

609 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1. De settlor kan nog wel in een hoedanigheid als beneficiary of trustee betrokkenheid hebben.

610 Underhill and Hayton 2016, pagina 63. De settlor kan wel mogelijkheden hebben om de trust af te dwingen, indien (i) hij zelf een beneficiary is (maar dan heeft hij de bevoegdheid dus in een andere hoedanigheid) of (ii) hij uitzonderlijke stappen heeft genomen om zich bij de instelling van de trust dit recht voor te behouden.

Aangezien een trust gedurende een lange periode kan bestaan, heeft de rechter een ondersteunende en toezichthoudende rol, naast zijn rol bij de handhaving van het nakomen van verplichtingen onder de trust. Zowel de trustees als de beneficiaries kunnen hier een beroep op doen, bijvoorbeeld door te verzoeken om aan te geven waar de grenzen van de bevoegdheden van de trustee liggen (Underhill and Hayton 2016, pagina 62 – 63). Zie hierover tevens Hayton 1996, pagina 23 – 25.

611 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.1.

worden.⁶¹² Door zich een power to revoke voor te behouden, maar ook door (een combinatie van) andere bevoegdheden, kan de settlor derhalve desgewenst veel invloed blijven uitoefenen op de trust.

Daarnaast kan de settlor op meer indirecte wijze betrokken zijn bij de trust, aangezien de trustee zich bij de uitoefening van zijn bevoegdheden rekenschap dient te geven van de wensen van de settlor. Vaak worden deze neergelegd in een letter of wishes. Hoewel de trustee hiermee rekening dient te houden, moet hij tevens zijn discretionaire bevoegdheid onafhankelijk uitoefenen. Indien de trustee de wensen van de settlor exact uitvoert, zonder dat er aanwijzingen zijn van een eigen afweging, bestaat bijvoorbeeld het risico dat de trust als sham trust (een schijnhandeling) wordt beschouwd of dat sprake is van een breach of trust. Hoewel relevant, is de letter of wishes niet juridisch bindend; er is slechts sprake van een morele verplichting.⁶¹³

8.2.3.7.2 Trustee

Zoals hiervoor opgemerkt, is de trustee⁶¹⁴ degene die de legal ownership van het trustvermogen heeft en als zodanig degene die het beheer daarover voert. Het trustvermogen maakt geen deel uit van het eigen vermogen van de trustee, maar dit wordt separaat aangehouden ten behoeve van de beneficiaries (dan wel het charitatieve of anderszins toegestane doel dat met de trust wordt nagestreefd).

De trustee heeft een fiduciaire taak, hetgeen impliceert dat hij belangenverstrengeling moet voorkomen en vrij vergaande algemene verplichtingen heeft, waaronder (i) het onafhankelijk beheren van het trustvermogen, (ii) het bijhouden van een administratie en (iii) periodiek het gebruikmaken van zijn bevoegdheden te overwegen (zie ook hierna).⁶¹⁵ Naast deze algemene verplichtingen kunnen in de trustakte specifieke taken voor de trustee worden opgenomen. Men kan aan de trustee in principe alle verplichtingen opleggen die niet in strijd zijn met de wet, de openbare orde, de goede zeden of het algemeen belang. Deze verplichtingen kunnen vrijwel iedere rechtshandeling of feitelijke handeling betreffen.⁶¹⁶

612 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.4.

613 Underhill and Hayton, pagina 102. Als de letter of wishes is vormgegeven als juridisch bindend document, maakt deze deel uit van de voorwaarden waaronder de trust is ingesteld. Een slechts moreel bindend document kan op een later moment gewijzigd of vervangen worden, maar dit geldt in beginsel niet voor een juridisch bindend document, aangezien dit tezamen met de trustakte de documentatie vormt die de trust in het leven roept (aannemend dat de settlor zich geen bevoegdheid heeft voorbehouden om de trust te herroepen, Underhill and Hayton, pagina 104).

614 Het is overigens niet ongebruikelijk om op praktische gronden meer dan één trustee te benoemen, om te voorkomen dat er op enig moment geen trustee meer is als gevolg van diens overlijden (Zwalve 2000, pagina 361). Ook rechtspersonen kunnen optreden als trustee (Zwalve 2000, pagina 360).

615 Zie voor een nadere beschrijving Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.2. Zie voorts voor een uitgebreide beschrijving van de taken en verplichtingen van de trustee Hayton 1996, pagina 20 – 22, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 2.6.2.2.1.

616 Zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 56.

De verplichtingen die de trustee heeft, kunnen sterk variëren, afhankelijk van de aard en het doel van de trust.

Indien de trustee in strijd met zijn verplichtingen, ofwel in breach of trust, handelt, staan de beneficiary een aantal acties ten dienste, die van persoonlijke of meer goederenrechtelijke aard kunnen zijn.⁶¹⁷ De persoonlijke acties zijn de volgende:

- schadevergoeding vorderen van de trustee, in die zin dat deze het trustvermogen zal moeten aanvullen om de uit de breach of trust voortvloeiende schade ongedaan te maken;
- het verhinderen van een breach of trust door middel van een injunction, een rechterlijk gebod of verbod;
- veroordeling tot nakoming vorderen, oftewel dat de trustee een bepaalde handeling verricht waartoe hij verplicht is; of
- het vorderen van ontslag van de trustee en benoeming van een ander.

De goederenrechtelijke acties houden het invoeren van het recht van tracing⁶¹⁸ in jegens de trustee of de derde die te kwader trouw en onder bezwarende titel een onbevoegdlijk door de trustee verkregen trustgoed verkregen heeft.

Naast verplichtingen heeft de trustee bevoegdheden voor de uitvoering van zijn taak. Daarbij dient kort gezegd een onderscheid gemaakt te worden tussen bevoegdheden die hij ontleent aan de trust als zodanig (trusts) en bevoegdheden (powers) die daarnaast aan hem persoonlijk zijn toegekend. Het verschil is relevant, omdat trusts uitgeoefend *moeten* worden, ook al is sprake van een bepaalde mate van discretie, terwijl de trustee in geval van een power zijn bevoegdheid *mag* gebruiken, maar hiertoe niet verplicht is. Veelal zal sprake zijn van een combinatie van trusts en powers, waarbij het onderscheid tussen beide niet altijd eenvoudig te maken is.⁶¹⁹

Voorts kan een onderscheid gemaakt worden tussen beheersbevoegdheden (administrative powers) en bevoegdheden tot het doen van uitkeringen (distributive/dispositive powers). Het eerste kan de bevoegdheid inhouden om trustvermogen te

617 Zwolve 2000, pagina 365 e.v. Iedere beneficiary, ook degene met een toekomstig en/of voorwaardelijk equitable interest, kan hier een beroep op doen. Zie hierover ook Gilissen, dissertatie 2012, pagina 132 - 136.

618 Zie paragraaf 8.2.3.2.

619 Vergelijk Zwolve 2000, pagina 344 e.v., die een power kort gezegd omschrijft als de bevoegdheid om te handelen met of te beschikken over het goed van een ander (een power kan ook toegekend worden aan een ander dan de trustee). De trustee beschikt daarentegen over goederen waarvan hijzelf de legal owner is.

vervreemden, bijvoorbeeld door verkoop aan een derde. In geval van een fixed trust heeft de trustee geen bevoegdheden tot het doen van uitkeringen (de aanspraken van de beneficiaries zijn reeds bepaald), maar een fixed trust verdraagt zich wel met beheersbevoegdheden.⁶²⁰

Voor de positie van de trustee is ten slotte van belang dat een trustvermogen in beginsel slechts activa omvat; van trustschulden is geen sprake. Indien de trustee schulden maakt in de uitoefening van zijn taak als trustee, is hij hiervoor in principe persoonlijk, met zijn eigen vermogen, aansprakelijk. De trustee kan de verplichtingen die hij aangaat in de uitoefening van zijn taak evenwel voldoen uit het trustvermogen.⁶²¹ Voorts kan hij zich beschermen door in zijn overeenkomst met derden te bedingen dat hij niet persoonlijk aansprakelijk zal zijn, maar dat de derde zich slechts zal kunnen verhalen op het trustvermogen, hetgeen in toenemende mate gebruikelijk is.⁶²² Ten slotte kan in de trustakte bepaald worden dat de trustee in beginsel (voor zover geen sprake is van opzet of roekeloosheid) niet aansprakelijk zal zijn voor schulden aangegaan in samenhang met de vervulling van zijn functie als trustee.⁶²³

8.2.3.7.3 Beneficiaries

Het trustvermogen wordt aangehouden en aangewend ten behoeve van de beneficiaries. Iedere natuurlijke of rechtspersoon die in staat is om een equitable interest te verkrijgen, kan aangewezen worden als beneficiary. De aanspraken, voor zover daarvan reeds sprake is, van iedere beneficiary zijn afhankelijk van wat de trustakte hierover bepaalt. In paragraaf 8.2.3.6 is reeds ingegaan op fixed interests, die de beneficiary een concrete aanspraak verschaffen, en discretionary interests, op grond waarvan de beneficiary nog slechts een verwachting heeft.

Ongeacht of sprake is van een fixed of een discretionary trust, hebben de beneficiaries bepaalde rechten, waaronder een recht op informatie en een recht op behoorlijke uitvoering van de trustverhouding.⁶²⁴ Daarnaast kunnen zij onder omstandigheden gezamenlijk het trustverband opheffen, zie nader paragraaf 8.2.3.8. Zie ten slotte paragraaf 8.2.3.7.2 voor de acties die de beneficiaries hebben indien de trustee in breach of trust handelt.

620 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 109 – 110. Zie voorts Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 2.6.2.2.2 met betrekking tot de (soorten) bevoegdheden van de trustee, alsmede een aantal specifieke bevoegdheden waarvan sprake kan zijn. Ik ga verder niet op (dit onderscheid tussen) de verschillende soorten bevoegdheden, die de trustee kan hebben, in.

621 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.2.

622 Zie Zwolve 2000, pagina 288.

623 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.2.

624 Zie nader Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.1.

8.2.3.7.4 Protector

De settlor kan zich bij het instellen van de trust bepaalde bevoegdheden voorbehouden en daarmee invloed dan wel toezicht uitoefenen op het beheer door de trustee. Het is evenwel ook mogelijk dat deze bevoegdheden worden toegekend aan een ander, de protector, die dit toezicht uitvoert.

De protector kan zowel positieve als negatieve bevoegdheden krijgen. Bij negatieve bevoegdheden kan gedacht worden aan de situatie waarin de trustee voor bepaalde handelingen de instemming van de protector nodig heeft, zodat de protector ter zake van die handelingen een vetorecht heeft. Van een positieve bevoegdheid is sprake indien de protector de trustee ertoe kan bewegen om juist bepaalde handelingen uit te voeren. Voorts kan de protector bijvoorbeeld de bevoegdheid krijgen om de trustadministratie te controleren en goed te keuren of om beneficiaries te schrappen en nieuwe toe te voegen.

Ook de aan een protector toegekende bevoegdheden kunnen verplichtend van aard zijn, in welk geval de protector periodiek dient te overwegen of hij hiervan gebruik moet maken, of meer vrijblijvend.⁶²⁵

8.2.3.8 Einde van de trustverhouding

Er zijn een aantal mogelijke omstandigheden die kunnen leiden tot het einde van de trustverhouding:⁶²⁶

- (a) De periode waarvoor de trust is ingesteld is verstreken.
- (b) Het doel waarvoor de trust is ingesteld is verwezenlijkt, of dit kan juist niet meer verwezenlijkt worden. Dit laatste doet zich bijvoorbeeld voor indien er geen beneficiaries zijn en ook niet meer bij kunnen komen, of indien het trustvermogen gedaald is tot nihil.
- (c) De trustee of een derde beëindigt de trustverhouding, op grond van een aan hem verleende power to terminate.
- (d) De settlor herroept de trust, op basis van een power to revoke die hij zich bij de instelling van de trust heeft voorbehouden.
- (e) Onder omstandigheden kan het trustverband door de beneficiaries gezamenlijk worden beëindigd. Indien (i) alle beneficiaries zowel meerderjarig en

⁶²⁵ Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.4.

⁶²⁶ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.3.

handelingsbekwaam zijn, (ii) sprake is van overeenstemming ter zake van de verdeling van het trustvermogen en (iii) de beneficiaries gezamenlijk het gehele beneficial interest hebben, dan kunnen zij van de trustee overdracht van de legal title verlangen.⁶²⁷

De verdeling die de beneficiaries overeenkomen mag afwijken van de door de settlor voorgestane verdeling, alsmede van voorwaarden (zoals leeftijdsgrenzen) die gesteld zijn. Deze regel is bovendien in principe toepasbaar bij zowel fixed als discretionary trusts. In de praktijk kan toepassing bij een discretionary trust echter verhinderd worden doordat nog nieuwe equitable interests kunnen ontstaan (met andere woorden er kunnen nog beneficiaries bijkomen), zodat de bestaande beneficiaries niet het gehele beneficial interest vertegenwoordigen.

8.2.3.9 Erkenning van de trust

In de voorgaande paragrafen ben ik ingegaan op de voornaamste kenmerken van de trust. Vanuit het perspectief van rechtstoepassing in Nederland is daarnaast van belang in hoeverre een trust en de gevolgen daarvan in Nederland erkend en gevolgd worden. Voor de beantwoording van deze vraag is het Haags Trustverdrag van belang.⁶²⁸ Het Haags Trustverdrag heeft slechts betrekking op de trustverhouding zelf en niet op daaraan voorafgaande rechtshandelingen, zoals de geldigheid van een testament waarbij de trust is ingesteld of van de overdracht van vermogensbestanddelen aan de trust.⁶²⁹ Het is overigens niet mijn bedoeling om uitgebreid stil te staan bij dit verdrag en de daaraan verbonden gevolgen, maar slechts om kort in te gaan op de eventuele hindernissen bij de erkenning van (de gevolgen van) een trust in Nederland. Voorts ga ik bij het navolgende uit van een tijdens leven ingestelde trust en ga ik aan de specifiek met een testamentaire trust samenhangende vragen, zoals de vraag of het überhaupt mogelijk is om via een Nederlands testament een trust in te stellen of de vraag of de bestaans eis van toepassing is op de beneficiaries, voorbij.

Het Haags Trustverdrag kent in artikel 2 een eigen, vrij ruime, definitie van een trust:

627 Deze regel is gebaseerd op het arrest *Saunders v. Vautier* [1841] 4 Beav 115.

628 Daarnaast zij gewezen op titel 11 van boek 10 BW. De bepalingen van deze titel regelen echter slechts de mogelijkheid voor een trustee om zich in Nederlandse registers te laten inschrijven, alsmede de voorrang van de rechtsgevolgen van een erkende trust boven de Nederlandse regels inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht en de bescherming van schuldeisers in het geval van insolventie. Deze bepalingen zijn derhalve van minder groot belang in het kader van de trust als beschermingsfiguur ter zake van familievermogen.

629 Zie artikel 4 HTV. In dit verband wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de launcher (de rechtshandeling(en) waardoor de trust in het leven wordt geroepen) en de rocket (de trustverhouding als zodanig), zie M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haags Trustverdrag*, Kluwer Deventer, dissertatie 1997, pagina 83. Het onderscheid tussen de launcher en de rocket is echter niet altijd eenvoudig te maken, zie J. Harris, *The Hague Trusts Convention*, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon 2002, pagina 153 – 157.

For the purposes of this Convention, the term ‘trust’ refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee’s own estate;*
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;*
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Met deze bepaling is gekozen voor een verdragsautonome kwalificatie van de trust. Hieronder kunnen ook rechtsfiguren die geen “echte” Anglo-Amerikaanse trust zijn, maar hier wel zodanige gelijkenissen mee vertonen dat zij binnen de criteria van artikel 2 HTV vallen, onder het Haags Trustverdrag vallen.⁶³⁰

Indien een trust binnen de verdragsdefinitie valt,⁶³¹ wordt onder het Haags Trustverdrag erkend als trust, op grond van artikel 11 HTV. Deze erkenning heeft in beginsel ten minste⁶³² de volgende gevolgen:

- het trustvermogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de trustee en de trustee kan als zodanig in rechte optreden en verschijnen voor een notaris of enige andere persoon die handelt in de uitoefening van een openbare functie;
- voor zover het op de trust toepasselijke recht⁶³³ dit verlangt of bepaalt:

630 Zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 56. Het moet hier gaan om een vergelijkbaarheid qua structuur, een vergelijkbaarheid in functie is niet voldoende (Harris 2002, pagina 104 – 105).

631 En voldoet aan de eisen van artikel 3 HTV, dat de trust door een wilsuiting in het leven geroepen moet zijn en dat van de trust blijkt uit een geschrift.

632 Vergelijk de opmerking van Koppenol-Laforce, dat artikel 11 HTV betekent dat de trust als rechtsverhouding geheel erkend moet worden, inclusief de werking van het toepasselijke recht (Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 127).

633 Het toepasselijke recht en de mogelijkheid van een rechtskeuze zijn geregeld in artikelen 6 tot en met 10 HTV. Ik ga hier verder niet op in. Een Anglo-Amerikaanse trust zal evenwel steeds deze kenmerken

- o hebben de persoonlijke crediteuren van de trustee geen verhaal op het trustvermogen;
 - o maken de trustgoederen geen deel uit van het vermogen van de trustee in het geval van diens insolventie of faillissement;
 - o maken de trustgoederen geen deel uit van een huwelijksvermogensgemeenschap waarin de trustee gehuwd is of van zijn nalatenschap; en
 - o kunnen de trustgoederen worden teruggevorderd indien de trustee deze in breach of trust vermengd heeft met zijn eigen vermogen of heeft vervreemd;⁶³⁴
- de trustee kan zich in beginsel als zodanig laten inschrijven in registers.⁶³⁵

De erkenning van een trust kan evenwel nog op grond van andere bepalingen voorkomen worden, dan wel beperkt worden in haar gevolgen. Allereerst is er artikel 13 HTV, dat bepaalt dat een staat niet gehouden is om een trust te erkennen, waarvan de kenmerkende elementen,⁶³⁶ anders dan het toepasselijke recht, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van de trust niet kennen. De genoemde factoren zijn relatief eenvoudig te manipuleren en zonder deze bepaling zou van een trust die in wezen geen connectie heeft met een trustjurisdictie via een omweg erkenning afgedwongen kunnen worden in een jurisdictie die de trust niet kent. Het doel van artikel 13 HTV is om landen die de trust niet kennen te beschermen, door zeker te stellen dat een trust, die feitelijk meer verbonden is met een land dat de trust niet kent, niet erkend hoeft⁶³⁷ te worden.⁶³⁸ Blijkens de parlementaire geschiedenis ziet de wetgever artikel 13 HTV als bescherming van het eigen recht tegen rechtsontduiking door middel van quasi-buitenlandse trusts.⁶³⁹ Bij de toepassing van deze bepaling is echter veel onduidelijk, zoals het tijdstip waarop toetsing plaats dient te vinden

hebben (zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 129).

634 Rechten en verplichtingen van derden die de goederen onder zich hebben blijven evenwel beheerst door het recht zoals aangewezen door de verwijzingsregels van het forum. Koppenol-Laforce staat een beperkte interpretatie van deze bepaling voor, zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.2.3.5.

635 Dit laatste is geregeld in artikel 12 HTV.

636 Deze overige kenmerkende elementen zijn de gewone verblijfplaats en nationaliteit van de personen betrokken bij de trust en de ligging van de trustgoederen. Het gewicht dat de verschillende factoren wordt toegekend, zal echter per geval verschillen (Koppenol-Laforce, dissertatie 197, pagina 146).

637 Niet-erkenning is een mogelijkheid, geen verplichting, zie het Explanatory Report van A.E. von Overbeck, punten 123, 128 en 129. Zie voorts Harris 2002, pagina 343 – 345, die tevens opmerkt dat de mogelijkheid voor niet-erkenning ook geldt voor jurisdicties die de trust zelf wel kennen.

638 Zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 144.

639 Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 054, nr. 3, pagina 5 – 6. Zie voorts Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 027, nr. 3, pagina 7 – 8.

(het moment van instelling van de trust of het latere moment waarop erkenning al dan niet plaats moet vinden).⁶⁴⁰ De hanteerbaarheid van de bepaling wordt in de literatuur ook ter discussie gesteld. Koppenol-Laforce acht de bepaling moeilijk hanteerbaar en is bovendien van mening dat andere bepalingen van het Haags Trustverdrag, zoals het hieronder genoemde artikel 15 HTV, voldoende bescherming bieden aan eventuele benadeelden.⁶⁴¹ Ook het effect (de reikwijdte) van niet-erkenning is niet duidelijk.⁶⁴²

Artikel 13 HTV biedt de rechter in beginsel de mogelijkheid om een door het verdrag beschermde trust onder omstandigheden alsnog niet te erkennen. In dit verband zij evenwel nog gewezen op de opmerking van Hayton dat de definitie van een trust in artikel 2 HTV dermate ruim is, dat betoogd kan worden dat deze ook situaties dekt waarin de volledige controle over een goed bij de trustee berust, maar de volledige eigendom bij de begunstigde c.q. rechthebbende, waarvan het Nederlandse bewind⁶⁴³ een voorbeeld is. Het gevolg hiervan zou naar zijn mening zijn dat het Nederlandse recht een trustachtige figuur in de zin van het HTV kent, zodat het niet mogelijk is om met een beroep op artikel 13 HTV een trust niet te erkennen.⁶⁴⁴

Jurisprudentie over toepassing van artikel 13 HTV is mij niet bekend. Voorts is in de Nederlandse parlementaire geschiedenis bij de goedkeuringswet inzake het Haags Trustverdrag en bij de Wet Conflictenrecht Trusts slechts sprake van een zeer beperkte toelichting.⁶⁴⁵ Of en onder welke omstandigheden deze bepaling toegepast kan worden is derhalve niet duidelijk, maar in ieder geval is niet-erkenning van een trust die onvoldoende nexus met een trustjurisdictie heeft niet uitgesloten.⁶⁴⁶

640 Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.5.2. De Nederlandse wetgever gaat overigens uit van het moment dat de erkenning van de trust wordt ingeroepen, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 027, nr. 3, pagina 8. Vergelijk voorts het Report Von Overbeck, punten 124 – 126, waar wordt aangegeven dat het vanuit het perspectief van de bedoeling van de bepaling wellicht logisch lijkt om aan te sluiten bij het moment van eventuele erkenning van de trust, maar waarbij tevens wordt opgemerkt dat de tekst ruimte laat voor interpretatie door de rechter. Harris noemt als bezwaar tegen toetsing op het moment dat de erkenning wordt ingeroepen dat dan op het moment van instelling de erkenning niet volledig zeker is, omdat de omstandigheden kunnen wijzingen. Hij bepleit aanknopingspunt bij het moment van instelling, waarbij ontwikkelingen nadien mede in aanmerking genomen worden indien (i) aannemelijk gemaakt wordt dat de settlor bij instelling bewust de werking van artikel 13 HTV geprobeerd heeft te ontgaan of (ii) de objectieve connectie met een niet-trustjurisdictie zo sterk geworden is, dat erkenning te zeer afbreuk zou doen aan het recht van die jurisdictie en de strekking van het HTV, dat het HTV niet de trust introduceert in jurisdicties die deze rechtsfiguur niet kennen (Harris 2002, pagina 349).

641 Zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.5.3.

642 Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.5.4. Harris wijst in dit verband op de vraag wie bij niet-erkenning eigenaar is van het trustvermogen, hetgeen zijns inziens doorgaans de trustee zal zijn, zonder dat sprake is van een trustverband (Harris 2002, pagina 350). Beiden bepleiten een beperkte toepassing van artikel 13 HTV.

643 Hierbij merk ik op dat deze opmerking betrekking heeft op het recht van voor 2003.

644 Hayton 1996, pagina 7.

645 De wetgever heeft zelfs bewust afgezien van een nadere uitwerking van artikel 13 HTV in de nationale wet, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 027, nr. 3, pagina 2, alsmede pagina 9.

646 Gezien de invoering van de APV-regeling, die de fiscale behandeling van onder meer trusts voor (met name) de inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting regelt (zie hoofdstuk 14), lijkt erkenning van de trust overigens het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever. Het toepassen van de fiscale

Naast artikel 13 HTV zijn er nog enkele bepalingen die erkenning van (bepaalde gevolgen van) een trust kunnen verhinderen. Zo bepaalt artikel 15 HTV dat bepaalde dwingendrechtelijke rechtsregels⁶⁴⁷ van het land dat de trust dient te erkennen, niet opzij gezet worden door de erkenning van de trust.⁶⁴⁸ Het betreft hier onder meer⁶⁴⁹ regels met betrekking tot de erfopvolging krachtens testament of de wet en in het bijzonder met betrekking tot het wettelijk erfdeel. De rechter dient evenwel, indien een dergelijke rechtsregel aan erkenning van de trust in de weg staat, op andere wijze aan het doel van de trust gevolg te geven.⁶⁵⁰ Het gevolg van deze bepaling is dat indien een rechtstelsel dwingendrechtelijke regels inzake de legitieme portie heeft, zoals het Nederlandse, deze (deels) aan (de effectuering van) een trust in de weg kunnen staan.⁶⁵¹ Naar Nederlands recht is een inbreng van vermogen in een trust, welke de legitieme portie schendt, in principe geldig; de legitimaris dient een beroep te doen op zijn legitieme portie. Gezien artikel 15 HTV zou de legitimaris in een dergelijk geval de inbreng van vermogen in de trust gedeeltelijk teniet kunnen doen.^{652 653 654}

Ten slotte zij opgemerkt dat op grond van artikel 19 HTV de erkenning van een trust

regeling impliceert immers voorafgaande erkenning van het civielrechtelijke feitencomplex dat toepassing van de regeling mogelijk maakt. Uiteraard is dat zeker geen garantie dat een rechter niet tot niet-erkenning van een trust zou kunnen beslissen.

647 Hieronder worden verstaan regels waarvan niet vooraf afgeweken kan worden (zie Report Von Overbeck, punt 137, alsmede Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 152).

648 Hoewel een aantal categorieën regels genoemd worden, is artikel 15 HTV niet uitputtend bedoeld, zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 155, alsmede paragraaf 4.7.7.

649 In aanmerking nemend dat vermogensbescherming zoals door mij bedoeld zich met name afspeelt in de relatie tot een persoon en zijn afstammelingen, laat ik de overige uitzonderingen verder onbesproken.

650 De vraag daarbij is in hoeverre dat in voorkomend geval mogelijk is, vergelijk bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 1993/1994, nr. 6, pagina 4, waar wordt aangegeven dat de dwingendrechtelijke regels van het toepasselijke erfrecht onaantast moeten blijven bij de toepassing van artikel 15 lid 2 HTV. De consequentie daarvan is vermoedelijk dat de rechter deels geen gevolg zal kunnen geven aan het doel van de trust, omdat de aanspraken van anderen voorgaan. Het zal mijns inziens veelal zo zijn dat dwingendrechtelijke aanspraken, die op grond van artikel 15 HTV gerespecteerd dienen te worden, van zodanige aard zijn dat de honorering hiervan eenvoudigweg met zich brengt dat aan (een deel van) de doelstelling van de trust geen uitvoering gegeven zal kunnen worden.

651 Vergelijk Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 156. Zie voorts Kamerstukken II, vergaderjaar 1993/1994, 23 054, nr. 6, pagina 2 - 3.

652 Vergelijk Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 237 - 238. Zie voorts paragraaf 5.10.4 van haar dissertatie voor een nadere beschouwing over de toepassing van artikel 15 lid 1 sub c HTV en de mate waarin dwingendrechtelijke regels van Nederlands erfrecht in de weg kunnen staan aan de effectuering van een trust (met betrekking tot het erfrecht van voor 2003, maar mijns inziens met betrekking tot algemene concepten nog steeds relevant).

653 In paragraaf 8.6 hierna wordt nader besproken in hoeverre de inbreng van vermogen in een APV tijdens leven in strijd kan komen met de legitieme portie. Voor zover daarvan sprake is, is een dergelijke inbreng in een trust aantastbaar door de legitimaris en op grond van artikel 15 HTV gaat de erkenning van de trust niet zo ver dat de aanspraken van de legitimaris hierdoor opzij gezet worden. Voor zover sprake is van een buitenlands trustee en buitenlands vermogen, is evenwel een praktische vraag in hoeverre de legitimaris zijn aanspraken daadwerkelijk zal kunnen effectueren.

654 In het algemeen is een alternatieve benadering voor een beroep op artikel 15 HTV de stelling dat gezien de dwingendrechtelijke regels inzake het wettelijk erfdeel de inbreng van vermogen in de trust niet geldig heeft plaatsgevonden, oftewel er is sprake van een voorafgaand vraagstuk in de zin van artikel 4 HTV (de launcher), vergelijk Harris 2002, pagina 366 - 367. Dit lijkt mij overigens bij de huidige Nederlandse legitieme portie niet aan de orde, omdat die de overdracht van vermogen als zodanig niet ter discussie stelt, maar slechts een aanspraak in geld doet ontstaan.

onder het verdrag de fiscale bevoegdheden van de verdragsluitende staten onverlet laat.⁶⁵⁵ Nederland heeft sinds 2010 in de vorm van de APV-regeling een regeling getroffen voor de belastingheffing van onder meer trusts.

Concluderend zal een trust die als beschermingsfiguur dient, in beginsel erkend worden onder het Haags Trustverdrag, omdat deze zal voldoen aan de criteria van artikel 2 HTV. Het is evenwel niet volledig zeker of de trust (volledig) geëffectueerd zal kunnen worden, gezien de beperkingen die het Haags Trustverdrag onder omstandigheden stelt aan de erkenning. Bij de trust als beschermingsfiguur spelen daarbij naar mijn mening de volgende aspecten:

- de algemene niet-erkenning van de trust op grond van artikel 13 HTV, vanwege onvoldoende nexus met een trustjurisdictie; en
- samenloop met de Nederlandse dwingendrechtelijke bepalingen van het erfrecht, in het bijzonder die met betrekking tot de legitieme portie, gezien artikel 15 HTV.

Van deze twee punten levert het eerste een in het bijzonder aan de trust gekoppelde onzekerheid op. De samenloop met de legitieme portie is niet uniek aan de trust, deze vraag kan ook spelen bij andere vormen van APV's, en dit is bovendien slechts een probleem voor zover sprake is van schending van de legitieme portie. Artikel 13 HTV speelt echter wel specifiek in het geval van trusts en dit kan in geval van een Nederlandse inbrenger tot onzekerheid leiden. Erkenning van de trust hoeft niet plaats te vinden indien de kenmerkende elementen, anders dan het toepasselijke recht, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van de trust niet kennen. Indien de settlor een Nederlander is, is goed denkbaar dat deze situatie zich voordoet en dat erkenning van de trust geen zekerheid is. Gezien de mate van onduidelijkheid over de toepassing van artikel 13 HTV is evenwel ook onzeker hoe groot het risico op niet-erkenning is.

8.3 Het APV als beschermingsfiguur

APV-achtige rechtsfiguren, zoals de (Nederlandse) familiestichting of de Anglo-Amerikaanse trust zijn mijns inziens geschikt om als beschermingsfiguur te dienen. Dit is allereerst gelegen in de mogelijkheid om met dergelijke rechtsfiguren een

⁶⁵⁵ Gezien de zogenoemde trust-arresten gaat de Hoge Raad overigens in principe uit van erkenning van de trust en het daarna toepassen van de Nederlandse fiscale wetgeving (zie HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, ECLI:NL:HR:1998:AA2566 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, BNB 1999/35 – 37).

langdurige bescherming van vermogen aan te brengen.⁶⁵⁶ Evenals certificering heeft een APV deze duurzaamheid als groot voordeel boven het testamentair bewind.

Voorts is een APV in beginsel zeer flexibel. Uiteraard hangt dit samen met de specifieke rechtsfiguur die gekozen wordt. De trust kent echter bijvoorbeeld zeer uiteenlopende toepassingen en kan, indien deze wordt ingezet als beschermingsfiguur, worden ingericht naar de specifieke wensen en behoeften van de settlor. Dit geldt ook voor de Nederlandse stichting als APV: de stichting is ook een flexibele rechtsfiguur, waaraan relatief weinig wettelijke eisen worden gesteld, zodat deze zich leent voor toespitsing op de omstandigheden van een bepaald geval en de wensen van de betrokkenen. Weliswaar dient rekening gehouden te worden met het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW, maar zoals aangegeven in paragraaf 8.2.2 hoeft dit niet in de weg te staan aan het gebruik van een Nederlandse stichting als APV.

De flexibiliteit van een APV verschilt overigens van die bij certificering, hetgeen samenhangt met de verhouding van de certificaathouder dan wel begunstigde (beneficiary) van het APV jegens het vermogen (zie paragraaf 8.4 hierna). Een certificaathouder kan meer of minder zeggenschap hebben en ruimere of beperktere mogelijkheden tot het royeren van zijn certificaten, maar hij blijft economisch gerechtigd tot het gecertificeerde vermogen. Bij een APV zijn de mogelijkheden evenwel ruimer. Het is mogelijk om begunstigden concrete en afdwingbare aanspraken te geven, al dan niet pas op termijn opeisbaar, maar het is ook mogelijk om een volledig discretionaire entiteit in het leven te roepen, waarbij de begunstigden nog slechts een “blote verwachting” hebben en voor eventuele uitkeringen afhankelijk zijn van een beslissing van de beheerder van het APV ten gunste van hen. Om het APV duurzaam als beschermingsfiguur te laten fungeren, zal deze laatste variant moeten worden toegepast. De begunstigde heeft dan geen aanspraken en daarmee geen controle of beschikking over het vermogen, anders dan voor zover de beheerder van het APV uitkeringen aan hem doet. Het vermogen kan op deze wijze ook in stand gehouden worden gedurende meerdere generaties en aldus beschermd worden tegen die personen naar wie het zonder inbreng zou zijn vererfd en die hier wellicht minder prudent mee zouden zijn omgegaan. Voor zover concrete aanspraken worden toegekend, hebben de ontvangers hiervan de mogelijkheid om de ontvangen uitkeringen uit te geven. In zoverre biedt het APV derhalve geen bescherming. Ik ga derhalve hierna uit van een discretionair APV.

656 Abstraherend van de vraag in hoeverre aantasting van de inbreng op grond van de legitieme portie mogelijk is. Dit wordt besproken in paragraaf 8.6.

Bij de trust is de erkenning hiervan wel een aandachtspunt. Indien sprake is van onvoldoende aanknopingspunten met een trustjurisdictie, hoeft de trust niet erkend te worden in Nederland op grond van artikel 13 HTV (zie paragraaf 8.2.3.9).

8.4 Wijze van beperking zeggenschap

Bij testamentair bewind is de rechthebbende nog steeds de eigenaar van het onder bewind gestelde vermogen, maar berust het beheer hierover bij de bewindvoerder.⁶⁵⁷ Certificering gaat een stap verder, doordat de certificaathouder niet langer de juridische eigenaar van het vermogen is, maar hier nog slechts het economische belang bij heeft.⁶⁵⁸ Er blijft echter een concrete band tussen certificaathouder en vermogen aanwezig. Het (discretionaire) APV gaat nog een stap verder dan dit, aangezien de begunstigden in dit geval geheel geen aanspraken hebben, maar slechts wat ontvangen op het moment dat de beheerder van het APV besluit om een uitkering aan hen te doen. In feite is geen sprake van beperking van zeggenschap, waar dat er bij testamentair bewind en certificering wel is, maar van het geheel ontbreken van enig recht op het in het APV gebrachte vermogen.

8.5 Beheersregeling

Net als bij bewind en certificering is bij het instellen van een APV van belang dat een beheersregeling aanwezig is, die het evenwicht bewaart tussen de belangen die met het APV worden nagestreefd en de belangen van de begunstigden. Met een discretionair APV worden de begunstigden op een grotere afstand van het ingebrachte vermogen gezet, dan bij bewind of certificering het geval is. Hierbij zal veelal een beperktere mate van invloed voor de begunstigden bij het APV passen, dan de rechthebbende op onderbewindgestelde goederen of de certificaathouder heeft, hoewel dat in een specifiek geval uiteraard anders kan liggen.

Desalniettemin behoeft de positie van de begunstigde naar mijn mening bescherming. Zeker indien de bedoeling is dat het APV gedurende een (zeer) lange periode bestaat en het beheer hierover op enig moment in handen komt van een persoon die de insteller niet persoonlijk gekend heeft en dus slechts op de hoogte is van diens wensen voor zover die zijn vastgelegd in bijvoorbeeld een letter of wishes, bestaat een risico dat de beheerder van het APV, al dan niet te goeder trouw, geen recht doen aan de bedoelingen van de insteller. Bovendien moet op de langere termijn wellicht ingespeeld worden op omstandigheden waarmee de insteller geen rekening heeft gehouden of heeft kunnen houden. Een beheersregeling die voor die situatie de benodigde flexibiliteit biedt, is daarom zeer aan te bevelen.

Het hangt af van de rechtsvorm die voor het APV gekozen wordt, in hoeverre een dergelijke regeling aanwezig is. Ik beperk mij hier tot de twee besproken vormen, de trust en de APV-stichting. De trust kent zijn eigen beheersregeling, die de beneficiaries mogelijkheden biedt om op te treden indien de trustee in breach of trust handelt. Zo kan

657 Zie paragraaf 6.2.

658 Zie paragraaf 7.12.

de rechter verzocht worden om de trustee te veroordelen tot het vergoeden van schade of om ontslag van de trustee en benoeming van een ander.⁶⁵⁹ In geval van de trust voorzien de daarvoor geldende regels derhalve reeds in een regeling die de belangen van de beneficiaries beschermt.

Dit geldt evenwel niet voor de stichting, die slechts summier geregeld is in de wet. Reeds in het kader van certificering is geconstateerd dat het derhalve noodzakelijk is om bij het opzetten van de stichting en de daarmee te sluiten overeenkomsten te voorzien in een evenwichtige beheersregeling.⁶⁶⁰ Daarbij is in ieder geval van belang om een regeling te treffen voor de wijziging van de statuten, aangezien dit anders slechts zeer beperkt mogelijk is,⁶⁶¹ alsmede een regeling voor het ontslag en de benoeming van bestuurders.⁶⁶² Ook bij het gebruik van een Nederlandse stichting als APV zijn deze regelingen mijns inziens van groot belang, om onder meer te bewerkstelligen dat het bestuur van de stichting en het beheer van haar vermogen zich aan iedere invloed van de begunstigden, of controle door bijvoorbeeld de rechter, onttrekken.

8.6 Samenloop APV en legitieme portie

In deze paragraaf bespreek ik in hoeverre de inbreng van vermogen in een APV alsnog, althans in termen van economische waarde, ongedaan gemaakt kan worden als gevolg van een beroep van een legitimaris op zijn legitieme portie.⁶⁶³ Voor zover dit mogelijk is, beschermt het APV het ingebrachte vermogen immers niet. Ik ga hierbij uit van “APV” als verzamelterm voor alle verschillende rechtsfiguren die als zodanig kwalificeren, zoals de hiervoor besproken (Nederlandse) familiestichting en de Anglo-Amerikaanse trust,⁶⁶⁴ in principe zonder in te gaan op specifieke figuren. Ik zal derhalve ook eenvoudshalve spreken van het APV als ware het een entiteit, ook al is dat niet in alle gevallen, zoals bij een trust, een zuivere aanduiding. Voorts zij benadrukt dat ik uitga van een discretionaire entiteit, oftewel de situatie waarin de begunstigden geen afdwingbare aanspraken hebben.

Bij de samenloop tussen de legitieme portie en de inbreng van vermogen in een APV rijst de vraag of de inbreng van het vermogen een gift kan zijn, waarmee voor de berekening en eventueel de effectuering van de legitieme portie rekening gehouden dient te worden.⁶⁶⁵ De omvang van de legitieme portie van de legitimaris wordt namelijk bepaald

659 Zie voor meer mogelijke acties paragraaf 8.2.3.7.2.

660 De beheersregeling bij certificering wordt besproken in paragraaf 7.13.

661 Zie hierover nader paragraaf 7.8.2.5.4.

662 Zie paragraaf 7.8.2.5.2.

663 Zoals in paragraaf 3.1 reeds aangegeven, ga ik uit van een Nederlandse erflater en in het verlengde daarvan toepassing van het Nederlandse erfrecht.

664 De erkenning van de trust onder het trustverdrag en samenloop met de regels van de legitieme portie in het kader daarvan worden besproken in paragraaf 8.2.3.9.

665 Aangezien het ingebrachte vermogen niet meer tot het vermogen van de insteller behoort, komt de vraag of sprake kan zijn van een inferieure making in de context van het APV niet aan de orde, waar

door de legitimaire massa te vermenigvuldigen met een breukdeel dat afhangt van het aantal erfenamen bij versterf.⁶⁶⁶ De legitimaire massa bestaat uit de waarde van de goederen van de nalatenschap, vermeerderd met bepaalde giften en verminderd met bepaalde schulden.⁶⁶⁷ Op het aldus berekende bedrag wordt nog in mindering gebracht de waarde van (i) giften aan de legitimaris, (ii) hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht verkregen heeft of (iii) hetgeen de legitimaris als erfgenaam of als legaat had kunnen verkrijgen.⁶⁶⁸ Ter zake van de hieruit volgende legitieme portie kan de legitimaris een vordering krijgen op de gezamenlijke erfenamen of de langstlevende echtgenoot, maar ook op begiftigden.⁶⁶⁹ Weliswaar dient de legitimaris zijn legitieme portie eerst geldend te maken jegens de erfenamen of langstlevende echtgenoot, maar indien de omvang van de nalatenschap onvoldoende is voor volledige voldoening van de vordering van de legitimaris, dan kan deze voor het verkrijgen van het restant van zijn legitieme portie de daarvoor vatbare giften inkorten.⁶⁷⁰ De consequentie van het voorgaande is dat, indien de inbreng van vermogen in een APV aangemerkt zou moeten worden als een gift die voor de toepassing van de legitieme portie in aanmerking genomen wordt, dit niet alleen betekent dat de legitieme portie van de legitimaris (aanzienlijk) groter wordt, maar mogelijk ook dat de legitimaris de desbetreffende gift kan inkorten en daarmee de inbreng van vermogen daadwerkelijk (gedeeltelijk⁶⁷¹) teniet kan doen. Voor zover ingekort kan worden op de inbreng valt de bescherming van het APV weg, aangezien de legitimaris een geldvordering krijgt op het APV; de legitimaris is daarbij niet verplicht om genoeg te nemen met voldoening door overdracht van de (wellicht minder courante) goederen die in het APV zijn ingebracht.⁶⁷²

Op grond van artikel 4:67 BW dient een vijftal categorieën giften in aanmerking genomen te worden bij (onder meer) de berekening van de legitimaire massa. Dit zijn tevens de voor inkorting vatbare giften. Naast algemeen alle schenkingen waarbij de prestatie geleverd is in de vijf jaren voorafgaand aan het overlijden van de erflater (sub e), betreft dit een viertal bijzondere categorieën giften:

dat bij bewind en certificering wel het geval is.

666 Artikel 4:64 lid 1 BW.

667 Artikel 4:65 BW.

668 Artikelen 4:70 – 4:73 BW, in het algemeen behoudens voor zover een verkrijging als erfgenaam of krachtens legaat inferieur is.

669 Artikel 4:79 BW.

670 Artikel 4:89 jo. 4:80 BW. De voor inkorting vatbare giften zijn de giften als bedoeld in het hierna te bespreken artikel 4:67 BW.

671 Het inkorten van giften geschiedt blijkens artikel 4:89 lid 3 BW in omgekeerd chronologische volgorde: de meest recente giften het eerst. Het is derhalve in elk geval theoretisch denkbaar dat de omvang van de legitieme portie zodanig is dat de inbreng in het APV geheel door inkorting teniet gedaan wordt. Dit vereist evenwel (i) een geringe nalatenschap, (ii) een recente inbreng in het APV en/of (iii) giften van (zeer) significante omvang voorafgaand aan de inbreng in het APV. Volledige inkorting van de inbreng, die gezien het doel hiervan een groot deel van het vermogen van de inbrenger zal betreffen, lijkt mij derhalve niet waarschijnlijk.

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

- (a) giften die kennelijk gedaan en aanvaard zijn met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld;
- (b) giften die de erflater gedurende zijn leven te allen tijde had kunnen herroepen of die hij bij de gift voor inkorting vatbaar heeft verklaard;
- (c) giften van een voordeel, bestemd om pas na het overlijden van de erflater ten volle te worden genoten; en
- (d) giften die de erflater aan een afstammeling heeft gedaan, mits deze begiftigde of een afstammeling van deze begiftigde legitimaris van de erflater is.

In het hiernavolgende zal ik slechts ingaan op de giften als bedoeld onder sub a. Hoewel niet ondenkbaar is dat de inbreng van vermogen in een APV (aannemend dat sprake is van een gift, zie hierna) in de categorieën b of c valt,⁶⁷³ dan wel dat de inbrenger onverhoopt binnen vijf jaar na de inbreng overlijdt, zijn dit naar mijn mening in beginsel vermijdbare situaties. Deze hoeven derhalve geen bedreiging voor de beschermingsfiguur te vormen, zodat ik deze mogelijkheden verder buiten beschouwing laat.⁶⁷⁴

Het gebruik van een APV als beschermingsfiguur impliceert dat (nagenoeg) het volledige vermogen van de inbrenger in het APV wordt ingebracht, aangezien de zich nog in zijn nalatenschap bevindende goederen, althans de waarde daarvan geheel of gedeeltelijk⁶⁷⁵ ten goede zullen komen aan de legitimarissen. Gezien deze omvang schendt de inbreng potentieel de legitieme portie van de legitimarissen. Om de conclusie te bereiken dat dit inderdaad het geval is, dienen echter twee horden genomen te worden (i) de inbreng is een gift en (ii) er is sprake van een gift als bedoeld in artikel 4:67 BW. In de navolgende paragrafen ga ik nader op deze twee punten in.

⁶⁷³ Bij de inbreng van vermogen in een niet-discretionaire entiteit kan betoogd worden dat sprake is van een derdenbeding, waarbij de begunstigde een afdwingbaar recht verkrijgt, hetgeen gezien moet worden als een gift van de inbrenger aan de begunstigde. Indien deze begunstigde legitimaris van de inbrenger is, kan sprake zijn van een gift als bedoeld onder d. Bij een discretionaire entiteit heeft de begunstigde echter nog geen afdwingbare rechten, hetgeen mijns inziens aan kwalificatie als de voorgaande in de weg staat.

⁶⁷⁴ Een inbreng gedaan binnen vijf jaar voor het overlijden van de inbrenger brengt uiteraard wel dit risico met zich, maar tenzij de inbrenger al op leeftijd is op het moment dat de inbreng plaatsvindt, is dit meer een kwestie van ongelukkig toeval waar men rekening mee zal moeten houden.

⁶⁷⁵ Dit hangt af van meerdere omstandigheden, zoals de inhoud van een eventueel testament (zijn de legitimarissen (mede) erfgenaam), maar ook van de kwalificatie van de inbreng in het kader van de legitieme portie. Indien de inbreng in aanmerking genomen dient te worden voor de toepassing van de legitimaire portie, levert dit een grote legitimaire vordering op, die gezien de inkortingsvolgorde allereerst tegenover de erfgenamen/langstlevende echtgenoot geldend gemaakt dient te worden. Aldus wordt in voorkomend geval eerst de gehele (waarde van de) nalatenschap ingekort, alvorens men toekomt aan de inbreng in het APV.

8.6.1 Inbreng in een APV als gift

Zoals hiervoor aangegeven is een voorvraag of de inbreng van vermogen in het APV überhaupt een gift is. Gezien artikel 7:186 lid 2 BW is een gift iedere handeling die er toe strekt dat degene, die de handeling verricht, een ander ten koste van zijn eigen vermogen verrijkt, zodat noodzakelijk zijn (i) verarming van de schenker, (ii) verrijking van de begiftigde en (iii) een bevoordelingsbedoeling. De bevoordelingsbedoeling omvat niet alleen een bevoordelingsbedoeling bij de schenker, maar tevens een bevoordelingsbewustzijn bij de begiftigde.⁶⁷⁶ De Hoge Raad heeft de bevoordelingsbedoeling bovendien in hoge mate geobjectiveerd: voldoende is dat degene die verarmt zich bewust is van de bevoordeling van de ander en deze bevoordeling gewild heeft.⁶⁷⁷ Lagere rechtspraak⁶⁷⁸ impliceert dat de geobjectiveerde wil tot bevoordeling evenwel niet aanwezig is, indien degene die de bevoordelende (rechts)handeling verricht een eigen (financieel) belang heeft bij deze transactie.

Dat in geval van de inbreng van vermogen in een APV sprake is van verarming van de inbrenger staat niet ter discussie en de omstandigheid dat dit het gevolg is van een (rechts)handeling mijns inziens evenmin. Interessanter zijn in deze context echter de verrijking van de begiftigde en de bevoordelingsbedoeling. De aanwezigheid van een bevoordelingsbedoeling bij de inbrenger lijkt mij op zich ook een gegeven, maar de vraag is op wie deze zich richt. Het is het APV dat in eerste instantie het vermogen ontvangt, maar de intentie van de inbrenger is om uiteindelijk, op de wellicht pas zeer lange termijn, personen uit een meer of minder ruim gedefinieerde groep begunstigden te bevoordelen. Aangezien deze personen op het moment van de inbreng nog geen afdwingbare rechten verkrijgen, is op dat moment geen sprake van verrijking aan hun zijde.⁶⁷⁹ Van een gift aan één of meer begunstigden op het moment van de inbreng kan derhalve geen sprake zijn, omdat in de verhouding inbrenger - begunstigde niet voldaan is aan alle vereisten aan een gift. Het is zelfs denkbaar dat een begunstigde die uiteindelijk een uitkering blijkt te ontvangen nog niet bestaat op het moment van de inbreng. Voorts kan een persoon die behoort tot de klasse van begunstigden op het moment van de inbreng later geschrapt worden als begunstigde, zonder dat hij ooit een uitkering uit het APV heeft ontvangen.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ Zie nader paragraaf 7.14.4 en de aldaar aangehaalde literatuur.

⁶⁷⁷ HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, BNB 1994/261 en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272, BNB 2002/317; zie hiervoor nader paragraaf 7.14.4.

⁶⁷⁸ Zie rechtbank Gelderland 18 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2108:4002 en hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2246, eveneens nader besproken in paragraaf 7.14.4.

⁶⁷⁹ Zie tevens artikel 7:186 lid 2 BW, waarvan de tweede volzin bepaalt dat zolang degene tot wiens verrijking een handeling strekt (los van de vraag of de inbreng in een APV (rechtstreeks) strekt tot verrijking van de begunstigten), de prestatie niet heeft ontvangen, noch daar aanspraak op kan maken, de handeling niet als een gift wordt beschouwd.

⁶⁸⁰ Los van artikel 7:186 lid 2, tweede volzin, BW zou een vraag kunnen zijn of sprake is van een gift onder opschortende voorwaarde aan de begunstigden. De voorwaarde zou dan (onder meer) bestaan uit het nemen van een besluit tot een uitkering aan de desbetreffende begunstigde door de bestuurder van het APV. Hiervoor lijkt mijn positie mij echter op meerdere punten onvoldoende concreet. Daardoor kan

Dan blijft het APV zelf over, dat wellicht als (tijdelijke) begiftigde gezien kan worden. Ook in verhouding inbrenger – APV dient daarvoor sprake te zijn van zowel verrijking van het APV, als van een bevoordelingsbedoeling van de inbrenger jegens het APV. Gezien de mate waarin de Hoge Raad deze bevoordelingsbedoeling geobjectiveerd heeft dient, aannemend dat geconcludeerd zou moeten worden dat het APV als gevolg van de gift verrijkt is (zie nader hieronder), de inbrenger geacht te worden zich zowel van deze bevoordeling bewust te zijn geweest, als deze gewild te hebben, ook al is zijn eigenlijke oogmerk de (uiteindelijke) bevoordeling van de (klasse van) begunstigten. Het komt mij echter voor dat dit laatste geen eigen belang van de inbrenger is in de zin van de hiervoor aangehaalde lagere rechtspraak. Naast verarming van de inbrenger lijkt derhalve ook de bevoordelingsbedoeling mij aanwezig, evenals het bevoordelingsbewustzijn bij het APV, dit laatste zeker indien de inbrenger nauw betrokken is bij het APV en diens kennis van de bevoordeling dus aan het APV toegerekend kan worden.

Ten slotte is dan voor het in aanmerking nemen van een gift noodzakelijk dat sprake is van een verrijking, in dit geval van het APV. In die factor zit echter mijns inziens hier het probleem: weliswaar wordt het APV als gevolg van de inbreng juridisch eigenaar van het ingebracht vermogen, maar het APV heeft hier geen economisch belang bij. Ook al is sprake van niet meer dan een ruim omschreven klasse begunstigten en is nog niemand met een afdwingbare aanspraak op het APV-vermogen aan te wijzen, dan nog staat vast dat het APV altijd op enig moment, zij het in de verre toekomst, de gehele verkregen inbreng en de daaruit voortvloeiende vruchten, zal moeten aanwenden ten bate van deze begunstigten.⁶⁸¹ Derhalve kan gezegd worden dat het APV niet verrijkt is.⁶⁸² Het vermogen “zweeft” in zoverre dat er, tot het moment dat het APV vermogen uitkeert of afdwingbare rechten toekent aan begunstigten, niemand is die economisch eigenaar⁶⁸³ is, in de zin dat dit waarde voor hem heeft, van het ingebracht vermogen.

ook niet voldaan zijn aan een bevoordelingsbedoeling van de zijde van de inbrenger jegens een specifieke begunstigde: hoewel hier in algemene termen sprake van is, richt deze zich nog niet op individuele begunstigten. Vergelijk voorts Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.4.

681 Er zijn op zich situaties denkbaar waarbij sprake is van een zekere overlap, zoals de trustee die tevens beneficiary is, maar dan nog verkrijgt deze persoon een eventueel voordeel in zijn hoedanigheid van beneficiary en staat dit los van de omstandigheid dat hij ook trustee is.

682 Vergelijk ook Asser/Perrick 4, 2017/264, waar wordt opgemerkt dat men weliswaar lasten aan een schenking kan verbinden, maar dat de grens, tot waar men kan gaan zonder dat het karakter van de schenking wordt opgeheven, voornamelijk bepaald wordt door de vraag in hoeverre nog van een verrijking sprake is.

683 De aan deze kwalificatie ten grondslag liggende analyse hangt af van de aard van het APV. In geval van een trust is de trustee slechts legal owner, maar komt de beneficial ownership van het trustvermogen toe aan de (klasse van) beneficiaries. Indien een Nederlandse stichting als APV fungeert, heeft zij weliswaar de eigendom verkregen van het ingebracht vermogen, maar heeft de inbreng plaats gevonden onder de last om het gehele vermogen uit te keren aan de begunstigten, zodat ook hier sprake is van een splitsing tussen juridische eigendom bij het APV en het volledige economische belang bij de gezamenlijke begunstigten.

In zoverre is de term “economisch eigenaar” ook niet steeds geheel zuiver, omdat het APV (bijvoorbeeld in de vorm van een Nederlandse stichting) nog wel economisch eigenaar kan zijn van het ingebracht vermogen. Mijns inziens is voor het zijn van economisch eigenaar vereist dat men (i) het gehele belang bij de waardeontwikkeling van een goed heeft, (ii) het gehele risico van tenietgaan draagt en (iii) het volledige genot van het goed (in positieve en negatieve zin) heeft; de juridisch eigenaar wordt tevens

Een latere uitkering door het APV is bovendien ook geen gift: weliswaar verrijkt de beneficiary en kan men vrijgevigheid aannemen in die zin dat de beheerder van het APV zich bewust zal zijn geweest van deze verrijking en deze gewild heeft (en de ontvangende begunstigde evenzeer), maar omdat het APV geen economisch belang heeft bij het uitgekeerde vermogen, ontbreekt nu de verarming.⁶⁸⁴

De Hoge Raad komt in zijn trustarresten⁶⁸⁵ ook tot de constatering dat bij inbreng de verrijking ontbreekt of ten minste problematisch is: het trustvermogen heeft geen vermogenswaarde voor de trustee en, hoewel sprake is van verarming van de settlor en het onder trustverband brengen van goederen door de settlor ten behoeve van de beneficiaries, zodat in zoverre de elementen van een belastbare schenking aanwezig zijn, lijkt een bevoordeelde te ontbreken, aangezien er (nog) geen rechtssubject is waaraan het trustvermogen toegerekend kan worden. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het niet past binnen het systeem van de Successiewet dat iemand zich kan ontdoen van zijn vermogen zonder dat dit leidt tot de heffing van schenkingsrecht en lost het ogenschijnlijke gat in de systematiek vervolgens op door de trust zelf, als doelvermogen, als verkrijger aan te wijzen. Voorafgaand aan deze overweging heeft de Hoge Raad reeds geconstateerd dat op verschillende plaatsen in de fiscale wetgeving rekening is gehouden met de omstandigheid dat doelvermogens zoals de trust optreden in het economisch verkeer. Hiermee vult de Hoge Raad het gat in de systematiek op, dat ontstaat doordat het civielrechtelijk niet mogelijk is om een persoon aan te wijzen die verrijkt wordt als gevolg van de inbreng.

Het voorgaande betekent naar mijn mening echter niet dat het daarmee ook mogelijk is om in civielrechtelijke context een doelvermogen als verkrijger aan te wijzen. Op zich valt er wel wat te zeggen voor het concept dat het doelvermogen wordt aangemerkt als begiftigde als substituut voor de nog aan te wijzen verkrijgers, die op het moment van inbreng de klasse van begunstigten vormen, zodat een gift vastgesteld kan worden. In feite is ook sprake van een gift op termijn, zij het dat nog onduidelijk is aan wie en met als binnen het Nederlandse rechtssysteem problematische component dat door het uitstel in het neerslaan van het vermogen gedurende kortere of langere tijd geen economisch rechthebbende aan te wijzen is. Een aspect is dat de positie van de legitimarissen aangetast kan worden indien de potentiële erflater de mogelijkheid zou hebben om zich van (een deel van) zijn vermogen te ontdoen, zonder dat hier bij de bepaling van de legitieme portie rekening mee gehouden dient te worden. Dit kan men

als economisch eigenaar beschouwd, tenzij een ander aan de voornoemde eisen voldoet (zie De Leeuw 2018, hoofdstuk 2). Het APV kan derhalve naast juridisch ook economisch eigenaar zijn, niet zozeer omdat het APV enig economisch belang heeft bij dit vermogen, maar omdat zij vanuit dit perspectief slechts ophoudt om economisch eigenaar te zijn indien er iemand anders het volledige economische belang heeft en die is in deze situatie niet aanwezig (althans niet in de persoon van de begunstigten).

684 Evenzo Roelofs 2011, pagina 94 – 95.

685 HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, ECLI:NL:HR:1998:AA2566 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, BNB 1999/35 – 37.

als bezwaarlijk zien en het in aanmerking nemen van een doelvermogen als begiftigde lost dat probleem op. Overigens kan men zich daarbij wel de vraag stellen of het dan niet ook systematisch zuiver is om, aannemend dat het doelvermogen tijdelijk in de plaats treedt van de uiteindelijk beoogde begunstigden, geen tweede gift in aanmerking te nemen op het moment dat de nagestreefde bevoordeling geheel of gedeeltelijk voltooid wordt door het ontvangen van (een deel van) het ingebrachte vermogen door een verkrijger.⁶⁸⁶ De bevoordelende handeling van de inbrenger heeft dan al eenmaal tot de kwalificatie als schenking geleid en de uitvoering van het uitgestelde aspect van deze bevoordeling door de daadwerkelijke uitkeringen aan de begunstigden is in zoverre te zien als het verlengde of de voltooiing van deze handeling. Voor zover de daartoe strekkende rechtshandeling nog een separate kwalificatie nodig heeft, kan deze gezien worden als de uitvoering van een verplichting, hetgeen in elk geval bij de APV-stichting, die het vermogen verkrijgt door middel van de inbreng onder de verplichting tot het doen van uitkering,⁶⁸⁷ ook daadwerkelijk het geval is.

Hoewel op basis van deze laatste redenering tot een sluitend systeem te komen is, in die zin dat de vrijgevigheid van de inbrenger slechts tot uitdrukking komt in één gift, verdraagt de toepassing daarvan zich mijns inziens niet met de formele benadering waar het civiele recht van uitgaat. Waar het fiscale recht meer materieel kijkt en dus ruimte laat om de economische verhoudingen maatgevend te laten zijn voor de kwalificatie van (rechts)handelingen, heeft het civiele recht die ruimte niet. De artikelen 7:175 lid 1 en

686 Voor invoering van de APV-regeling (zie voor de belastingheffing in deze periode paragraaf 14.2) en de daarmee samenhangende toerekening van het APV-vermogen (zie paragraaf 14.3.9 voor de analyse of sprake is van toerekening of fiscale transparantie) had dit althans een theoretische discussie kunnen zijn. In de praktijk deed het punt zich in principe niet voor, aangezien doorgaans sprake was van een trust/doelvermogen buiten Nederland, zodat er geen aanknopingspunt zou zijn geweest voor heffing van Nederlands schenkingsrecht bij een uitkering aan de begunstigden. Indien het doelvermogen wel in Nederland gevestigd zou zijn geweest en een uitkering dus binnen het eventuele heffingsbereik van Nederland zou zijn gekomen, zou het gevolg van de uitkering zijn geweest dat deze werd aangemerkt als een belastbare schenking van het doelvermogen aan de begiftigde. Het doelvermogen verarmt (dat heeft in deze benadering wel het economische belang bij het ingebracht vermogen), de ontvanger van de uitkering verrijkt en in de door de Hoge Raad geobjectieerde benadering van de bevoordelingsbedoeling doet ook deze laatste factor zich voor, aangezien (de beheerder van) het doelvermogen zich van de bevoordeling bewust is en deze ook wenst, ook al is geen sprake van een daadwerkelijke wens om de begunstigde te bevoordelen, maar van de uitvoering van de wensen van degene die het vermogen oorspronkelijk heeft ingebracht. Vergelijk voorts HR 30 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:167, NJ 1963/249, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de omstandigheid, dat op het bestuur van een stichting de plicht rust tot het betrachten van vrijgevigheid jegens bepaalde personen, geenszins uitsluit dat het bestuur bij het nakomen van die plicht een handeling uit vrijgevigheid heeft verricht. In zoverre kan men dus inderdaad (ook) bij de uitkering een schenking constateren. De consequentie hiervan is evenwel dat eenzelfde uitgestelde vrijgevigheid van de inbrenger leidt tot twee heffingsmomenten, waarbij slechts van één heffingsmoment sprake zou zijn geweest bij een rechtstreekse schenking of gift aan een begunstigde van het doelvermogen. Civielrechtelijk zou deze benadering bovendien bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat de inbreng van vermogen in een APV een gift kan zijn, die mogelijk voor de regeling van de legitieme portie in aanmerking dient te worden genomen, terwijl dit niet geldt voor uitkeringen door het APV aan een legitimaris, omdat deze, hoezeer ook hun oorsprong vindend in de vrijgevigheid van de inbrenger/erflater, niet van die erflater afkomstig zijn.

687 Zie over de civielrechtelijke aspecten van de stichting als APV paragraaf 8.2.2.

7:186 lid 2 BW vereisen voor de schenking respectievelijk gift dat sprake is van een partij die verrijkt wordt, de begiftigde. Die is bij een inbreng in een APV gezien het uitgestelde karakter van de bevoordeling (nog) niet aan te wijzen. In mijn ogen is het niet mogelijk om in het civiele recht een vergelijkbare kunstgreep toe te passen als de Hoge Raad in de trustarresten heeft gedaan en een doelvermogen als partij aan te wijzen. Daartoe moet de stap gemaakt worden dat het verkrijging van vermogen voor de vervulling van een doel als een verrijking wordt gezien, zoals de Hoge Raad in zijn trustarresten doet. Tegen deze argumentatie valt echter in te brengen dat indien de verkrijging gepaard gaat met een even grote verplichting (in feite de argumentatie die tegen verrijking van het APV of de trustee in het bijzonder spreekt) van een vermogensvermeerdering geen sprake is. Deze redenering is alleen sluitend te krijgen indien men de mogelijkheid om tot de vervulling van zijn doel te komen als zodanig als een verrijking aanmerkt, maar dan nog is deze niet van vermogensrechtelijke aard, in die zin dat het vermogen van het APV niet toeneemt. Een volgend bezwaar is dat het doelvermogen geen juridische zelfstandigheid heeft en dus niet als partij bij een overeenkomst kan fungeren.⁶⁸⁸ Het formele karakter van het Nederlandse civiele recht staat naar mijn mening niet toe dat met voorbijgaan hieraan een inbreng in een APV wordt aangemerkt als een gift aan een doelvermogen. Ten slotte is problematisch bij het aanwijzen van het APV als doelvermogen als de begiftigde, dat de verschillende elementen die tot een gift leiden, niet meer op dezelfde persoon gericht zijn: de verrijking vindt plaats bij het APV, maar de vrijgevigheid richt zich nog steeds op de begunstigden.⁶⁸⁹

De consequentie daarvan is dat, hoewel er zeker bezwaren tegen deze uitkomst mogelijk zijn, naar mijn mening een dergelijke inbreng geen gift is. Deze kan daarmee ook niet van invloed zijn op de omvang van een legitieme portie en de inbreng is evenmin vatbaar voor inkorting door de legitimaris.

De opvattingen in de literatuur op dit punt lopen uiteen.⁶⁹⁰ Sommigen zijn eveneens van mening dat geen sprake is van een gift, terwijl andere die juist wel aanwezig achten, bijvoorbeeld omdat het APV⁶⁹¹ door de inbreng in staat wordt gesteld om zijn doel te vervullen:

688 Indien het APV een rechtspersoon is, zoals een stichting, speelt dit bezwaar uiteraard niet.

689 Vergelijk Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.12.6.

Indien men uitgaat van een geobjectiveerde bevoordelingsbedoeling (zie eerder in deze paragraaf) is een bevoordelingsbedoeling jegens het doelvermogen aan te nemen. Dit doet er echter niet aan af dat de daadwerkelijke intentie tot bevoordeling gericht is op de begunstigden.

690 Zie ook Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.2 – 7.4, die de verschillende voorafgaand aan de trustarresten van de Hoge Raad gehanteerde opvattingen met betrekking tot inbreng van vermogen in (irrevocable) discretionary trusts en uitkeringen daaruit weergeeft: de onafhankelijkheidsleer (waarin de trust een zelfstandige entiteit is), de verlengstukgedachte (waarbij de trust wordt gezien als verlengstuk van de settlor/inbrenger) en de aanmerking van de inbreng als een schenking onder opschortende voorwaarde (van het daadwerkelijk ontvangen van een uitkering) aan de beneficiaries.

691 Ik gebruik hier de generieke term APV, maar de desbetreffende auteurs hebben over het algemeen een specifieke rechtsfiguur, zoals de trust of de familiestichting voor ogen.

- Van Mens⁶⁹² lijkt aannemelijk dat de oprichter van een stichting geen vrijgevigheidsbedoeling heeft. De stichting wordt door de oprichter tot medium gemaakt om vrijgevigheid te bewerkstelligen op de wijze die tot uitdrukking is gebracht in de doelomschrijving van de stichting. Derhalve kan de afzondering van vermogen in de stichting niet als schenking worden aangemerkt.
- Veltman⁶⁹³ is van mening dat de inbreng in een familiestichting een gift kan zijn aan de stichting zelf, dan wel aan de (potentiële) begunstigden van deze stichting. In het laatste geval is van belang of de begunstigden afdwingbare rechten hebben of slechts een blote verwachting. Slechts indien sprake is van meer dan een blote verwachting, ziet Veltman een gift aan de begunstigde. Hij geeft aan dat de familiestichting wellicht te zien is als een soort doorgeefluik, aangezien deze de verplichting opgelegd heeft gekregen om het vermogen weer uit te keren aan de begunstigden. Hij werpt daarbij ook de vraag op of de stichting verrijkt is, aangezien zeker is dat de inbrenger uiteindelijk geen bevoordeling van de stichting heeft beoogd, maar van de begunstigden. Daarentegen kan ook worden betoogd dat de stichting is verrijkt, omdat zij om niet vermogen heeft verkregen waarmee zij haar doelstelling kan vervullen. Het antwoord op de vraag of de inbreng in een familiestichting een gift aan de stichting is, is in de ogen van Veltman niet eenduidig te beantwoorden, maar een bevestigende beantwoording is zijns inziens zeker niet uit te sluiten. Tot slot geeft hij aan zelf van mening te zijn dat, in de situatie waarin geen sprake is van afdwingbare rechten voor begunstigden, zich een gift aan de familiestichting voordoet, omdat zij door het ingebrachte vermogen in die zin is verrijkt, dat zij haar doel beter kan vervullen.
- Burgerhart⁶⁹⁴ meent dat indien aan de inbreng in een familiestichting de verplichting verbonden is om het verkregen vermogen aan een door de inbrenger aan te wijzen derde over te dragen, de stichting niet bevoordeeld wordt, maar juist deze derde. De stichting is een tussengeschoven lichaam. Zonder een dergelijke verplichting kan de familiestichting wel als begiftigde worden aangemerkt. Voor giften aan derden waarbij de stichting als doorgeefluik fungeert, ziet hij civielrechtelijke transparantie van de stichting als oplossing, waarbij de uitkering door de stichting ook weer wordt aangemerkt als zijnde afkomstig van de inbrenger.

692 K.L.H. van Mens, *Civilrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Kluwer Deventer, dissertatie 1985, pagina 212 – 213.

693 P.F. Veltman, *De familiestichting; civiele en fiscale aspecten*, in: *De familiestichting* (preadvies voor de vereniging van Estate Planners in het Notariaat), Sdu Den Haag 2004, paragraaf 2.2, alsmede (stelliger) paragraaf 2.5.7.2.

694 W. Burgerhart, *Algemeen inventariserende/beschrijvende inleiding*, in: *De familiestichting* (preadvies voor de vereniging van Estate Planners in het Notariaat), Sdu Den Haag 2004, paragraaf 5.2.3.

- Ook Waaijer – Linders⁶⁹⁵ stelt de vraag of de inbreng van vermogen in, in dit geval, een als APV functionerende Nederlandse stichting gezien moet worden als een gift die in aanmerking genomen moet worden bij de berekening van de legitieme portie. Zij constateert dat de inbrenger verarmt en dat hij handelt uit vrijgevigheid, zodat het, aannemend dat geen afdwingbare rechten voor anderen ontstaan, de vraag is of de stichting verrijkt, in aanmerking nemend dat het in de stichting afgezonderde vermogen niet bestemd is voor de stichting zelf. Naar de mening van Waaijer – Linders is de stichting weldegelijk verrijkt, zij het tijdelijk en onder voorwaarden, omdat tot het moment van daadwerkelijke uitkering het vermogen zowel juridisch als economisch tot het vermogen van de stichting wordt gerekend. Voorts wijst zij op de trustarresten van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad bij inbreng in een irrevocable discretionary trust de trust zelf aanmerkte als bevoordeelde. Zij acht deze fiscale kwalificatie ook toepasselijk in het civiele recht. Derhalve kan sprake zijn van een gift met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen benadeeld worden, waarbij het haars inziens mede zal afhangen van de omvang van het ingebrachte vermogen ten opzichte van het vermogen dat de inbrenger nog overhoudt of daar sprake van is. Naar haar mening is dat in elk geval zo, indien de inbrenger zijn gehele vermogen inbrengt.

Zoals reeds volgt uit hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt over verrijking van het APV door de inbreng, deel ik de mening van Waaijer – Linders niet, zowel wat betreft haar conclusie als wat betreft de stelling dat het oordeel van de Hoge Raad in de trustarresten te dier zake ook toepasbaar zou zijn in het civiele recht.⁶⁹⁶ Ook kan men naar mijn mening wel wat afdingen op de veronderstelling dat het ingebrachte vermogen tot het moment van uitkeren juridisch en economisch tot het vermogen van de APV-stichting gerekend wordt. Hoewel het inderdaad zo is dat de stichting juridisch rechthebbende is, is dit in economische termen naar mijn mening niet zo. Hoewel de stichting wel economisch eigenaar zal zijn,⁶⁹⁷ vanwege het ontbreken van een ander met een zodanig belang dat die de economische eigendom heeft, staat tegenover dit vermogen de (per definitie) even grote verplichting om dit op enig moment uit te keren. In het geval van een trust is de stelling overigens sowieso niet houdbaar: de trustee is dan slechts legal owner.

695 Waaijer – Linders, WPNR 2010/6848, paragraaf 6.2.

696 Mijs inziens hebben deze slechts betekenis in fiscale context, althans de context van de Successiewet. De Hoge Raad overweegt overigens ook zelf dat het de systematiek van de Successiewet is die niet toestaat dat iemand zich zonder de heffing van schenkingsrecht van zijn vermogen ontdoet en de door de Hoge Raad aangevoerde oplossing beperkt zich naar mijn mening dan ook tot deze context.

697 Men is economisch eigenaar indien men het volledige risico om waardemutaties, het volledige risico van tenietgaan en het volledige genot van een goed heeft. Indien er niemand is die aan deze criteria voldoet en aldus economisch eigenaar is, is de juridische eigenaar van een goed tevens de economische eigenaar hiervan (zie De Leeuw 2018, hoofdstuk 2 en paragraaf 2.5 voor een definitie van economische eigendom).

- Roelofs⁶⁹⁸ is van mening dat de inbreng van vermogen in (onder meer) een irrevocable discretionary trust niet kwalificeert als een gift. Weliswaar is sprake van verarming van de settlor, maar (nog) niet van verrijking van de beneficiaries, aangezien zij nog niets ontvangen hebben, noch een aanspraak hebben gekregen. Ook is Roelofs van mening dat een bevoordelingsbedoeling van de settlor jegens de beneficiaries niet zonder meer mag worden aangenomen, aangezien de settlor zich weliswaar uit vrijgevigheid verarmd heeft, met oog op verrijking van de beneficiaries, maar hij deze verrijking op het moment van de inbreng nog niet heeft gewild. De settlor wil deze verrijking pas op het moment dat de trustee een uitkering doet. Derhalve is geen sprake van een gift aan de beneficiaries. Ook is geen sprake van een gift aan de trustee, aangezien deze niet ten eigen bate verrijkt is; de trustee heeft slechts het legal interest van het ingebrachte vermogen verkregen. Voorts ontbreekt de bevoordelingsbedoeling jegens de trustee en heeft de trustee niet de bedoeling gehad zich te laten verrijken. Het toepassen van de benadering van de Hoge Raad in de trustarresten lijkt hem ten slotte niet aan de orde, aangezien (i) de trust gezien het ontbreken van rechtspersoonlijkheid niet kan optreden als contractspartij, de trust als doelvermogen verkrijgt in civielrechtelijke zin niets, (ii) de toerekening van vermogen aan de trust in de arresten betrof slechts een fiscale fictie, die civielrechtelijk gezien niet correct is en (iii) ook als men zou aannemen dat de trust het trustvermogen verkregen heeft, dan is nog geen sprake van een verrijking, en bovendien heeft de settlor de trust niet willen verrijken.
- Van Hoepen⁶⁹⁹ bespreekt de inbreng van vermogen in een irrevocable discretionary trust en in het kader daarvan of deze inbreng een gift kan zijn aan de verschillende bij de trust betrokken partijen: de trust, de trustee en de beneficiaries. Zijns inziens is geen sprake van een gift aan de trust. Het kwalificeren van een irrevocable discretionary als een doelvermogen in het civiele recht, zoals de Hoge Raad in fiscale zin in de trustarresten gedaan heeft, is niet wenselijk en ook niet mogelijk. Het is de trustee die de juridische eigendom van de ingebrachte goederen verkrijgt en niet de trust. De trust als zodanig, voor zover deze überhaupt kan bestaan, heeft niet bijgedragen aan de totstandkoming van een gift tussen de settlor en de trust. De settlor heeft voorts, hoewel hij zeker is verarmd, ook geen moment enige bevoordelingsbedoeling jegens de trust gehad. Naar de mening van Van Hoepen is evenmin sprake van een gift aan de trustee of aan de beneficiaries.⁷⁰⁰

Het voorgaande illustreert dat de eventuele kwalificatie van de inbreng van vermogen

698 Roelofs 2011, pagina 90 – 91 en 87 – 88.

699 A.J. van Hoepen, Never trust a trust, WPNR 2014/7008, paragraaf 5.

700 Zie voor tegenspraak op het laatste punt W. Loof, Reactie op "Never trust a trust" van A.J. van Hoepen in WPNR 2014/7008, WPNR 2014/7028, paragraaf 3, alsmede het naschrift van Van Hoepen.

in een trust als gift, een onderwerp is waar verschillend over gedacht kan worden. Van civielrechtelijke jurisprudentie die duidelijke richting kan geven op dit punt is voorsnog geen sprake. De enige mij bekende uitspraak met betrekking tot deze problematiek is een uitspraak van hof Arnhem-Leeuwarden van 4 september 2018.⁷⁰¹

Deze zaak betreft een erflaatster, die drie kinderen achterlaat. Kinderen 1 en 2 zijn benoemd tot erfgenamen, terwijl aan kind 3 een legaat is gemaakt ter grootte van zijn legitieme portie. Voorts heeft de erflaatster vrij kort voor haar overlijden een bedrag van ruim € 3 miljoen ingebracht in een Liechtensteinse Stiftung. Zij was zelf tot aan haar overlijden begunstigde (Erstbegünstigung) en daarna waren kind 1 en kind 3 gezamenlijk begunstigten, ieder voor de helft (Nachbegünstigungen). Helaas vermeldt de uitspraak geen details over de aard van deze begunstigingen, anders dan dat kind 3 op enig moment het bestuur van de Stiftung om een uitkering van significante omvang heeft verzocht en dit verzoek is toegewezen.

Het hof overweegt allereerst dat het Nederlandse recht een uitkeringsverbod voor stichtingen kent, zodat in de regeling van de legitieme portie een specifieke bepaling ontbreekt voor een situatie als in het geding is, te weten waarbij de erflaatster een bedrag in een buitenlandse stichting heeft ingebracht, zij aanvankelijk zelf de exclusieve begunstigde was en na haar overlijden kind 1 en kind 3 dat zijn geworden. Interessant is de mening van het hof dat derhalve de regeling van de legitieme portie een zodanig aanpassing behoeft aan het buitenlandse element, dat de ratio en opzet van deze regeling tot hun recht komen. In dit kader komen twee aspecten van de legitieme portie aan de orde:

- (a) De inbreng van het vermogen door de erflaatster. Kind 3 heeft ten aanzien daarvan betoogd dat deze inbreng een schenking is, waarmee bij het bepalen van de omvang van zijn legaat rekening gehouden moet worden. Het hof overweegt dienaangaande dat kind 3 niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom er geen verband zou bestaan tussen het door de erflaatster ingebrachte bedrag en de omstandigheid dat zij aanvankelijk de exclusieve begunstigde was en na haar overlijden kind 1 en kind 3 dat zijn geworden. De inbreng wordt door het hof daarom niet aangemerkt als een schenking. Kennelijk gaat het hof er hierbij vanuit dat het zijn van begunstigde zodanig concrete aanspraken gaf, dat de inbreng van het vermogen als zodanig geen of weinig betekenis heeft en slechts de situatie voor en de aanspraken na de inbreng beoordeeld hoeven te worden.
- (b) De begunstiging van kind 1 en kind 3. Hieromtrent overweegt het hof dat, mede gelet op de aanpassing van de regeling van de legitieme portie aan het buitenlandse element, bij de berekening van de legitimaire massa de waarde

701 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7927.

van de Nachbegünstigungen ten behoeve van kind 1 en kind 3 in aanmerking genomen dienen te worden. Het gevolg hiervan is dat het legaat aan kind 3 op nihil gesteld wordt, omdat hij ten opzichte van zijn legitieme portie niets tekort komt. Ook hier lijkt het hof er uit te gaan van een vrij concrete aanspraak voor de begunstigden, in elk geval een zodanig concrete dat het desbetreffende aandeel in het door de Stiftung beheerde vermogen beschouwd kan worden als hem toekomend. Helaas wordt niet volledig duidelijk of de waarde waarvoor de begunstiging in aanmerking genomen wordt, de volle waarde van het desbetreffende aandeel in het vermogen is, of een geringere waarde.⁷⁰²

De richting die deze uitspraak geeft, is naar mijn mening slechts beperkt. Hoewel dit niet met zoveel woorden uit de weergegeven feiten of de overwegingen blijkt, lijkt in dit geval sprake te zijn van een Stiftung met geen of een slechts beperkte discretionaire bevoegdheid van het bestuur om al dan niet uitkeringen te doen en in welke verhoudingen. Het hof lijkt het beheerde vermogen te zien als toekomend aan de erflater tot aan haar overlijden en daarna toekomend aan kind 1 en kind 3. Voor zover een oordeel te vormen is, lijkt de Stiftung daarmee vergelijkbaar met een fixed trust. Indien sprake is van een afdwingbare aanspraak, kan het verkrijgen van die aanspraak mijns inziens als een schenking gezien worden van de insteller aan de begunstigde.⁷⁰³ Dit doortrekkend naar de situatie van de uitspraak zou de inbreng als zodanig een non-handeling zijn, omdat de inbrengster haar aanspraken om het vermogen volledig behoudt, en de verkrijging van de aanspraken door kinderen 1 en 3 een schenking inhoudt door de inbrengster aan hen.⁷⁰⁴

Dit zegt evenwel nog weinig over de kwalificatie van de inbreng in een discretionaire entiteit in het kader van de legitieme portie. In dat geval zijn er juist geen afdwingbare aanspraken en is kwalificatie van de begunstiging als schenking aan de desbetreffende begunstigden naar mijn mening niet mogelijk. Men komt dan toch terug op de vraag of de inbreng wellicht gezien kan worden als een schenking aan het APV zelf, een vraag waar het hof gezien de kennelijke aard van de Stiftung niet als zodanig op ingaat. Mogelijk kan in het oordeel van het hof gelezen worden dat, indien geen direct verband tussen de inbreng en de daarna ontstane begunstigungen zou bestaan, er ruimte zou zijn om de inbreng als een schenking aan te merken. De aanwezigheid van dit verband noemt het hof althans als reden waarom in casu juist geen sprake is van een schenking aan het APV.

702 De uitspraak van 4 september 2018 is een tussenarrest. Op 5 maart 2019 heeft het hof een tweede arrest gewezen (ECLI:NL:GHAMS:2019:1999), waarin wel ingegaan wordt op de waarde van de Nachbegünstigungen. Het lijkt erop dat het hof geen waardedrukkende factoren in aanmerking heeft genomen, maar aangezien niet alle genoemde bedragen te herleiden zijn, wordt dit nog steeds niet volledig duidelijk. Wel is duidelijk dat de waarde van de aanspraken van kind 3 zodanig zijn, dat hij zijn legitieme portie reeds ruim ontvangen heeft.

703 Zie in dit verband tevens paragraaf 14.2.2.

704 Aangezien hun begunstiging pas effectief wordt met het overlijden van de inbrengster, kan hier een parallel getrokken worden met een schenking onder opschortende voorwaarde.

Dit lijkt mij echter een magere basis voor de conclusie dat de inbreng in een discretionaire entiteit een schenking is en bovendien gaat deze conclusie dan zonder nadere onderbouwing voorbij aan de omstandigheid dat het APV niet bevoordeeld wordt, noch enige andere persoon. Nadere jurisprudentie specifiek op deze vraag ingaat is nodig voor een duidelijke conclusie. Naar mijn mening zou de uitkomst van een procedure over dit punt evenwel dienen te zijn dat de inbreng van vermogen niet als gift gezien moet worden, omdat niet voldaan is aan de hiervoor geldende constitutieve elementen. Desalniettemin lijkt mij ook niet ondenkbaar dat een rechter gezien de mogelijke onwenselijk geachte consequentie van deze conclusie anders zou oordelen. Dit lijkt mij evenwel niet juist en leidt in mijn ogen niet tot een consistente systematiek.

Indien men zeker zou willen stellen dat de inbreng in een APV ook civielrechtelijk als gift wordt aangemerkt of althans als zodanig wordt behandeld, lijkt een wettelijke regeling mij op zijn plaats. Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een vorm van civielrechtelijke transparantie van het APV, vergelijkbaar met de APV-regeling, met als groot bezwaar dat dit erg ver gaat en in hoge mate de civielrechtelijke consequenties van bepaalde, al dan niet buitenlandse, rechtsfiguren miskent.⁷⁰⁵ Een gelijkstelling van de inbreng met een gift, bijvoorbeeld voor de legitieme portie, maakt dan minder inbreuk op het systeem. Wel roept dit dan weer vragen op of er niet meer situaties zijn waarin een dergelijke gelijkstelling wenselijk zou zijn (wellicht het faillissementsrecht), zodat met deze benadering gemakkelijk het risico bestaat dat men zich op glad ijs begeeft.

8.6.2 Kwalificatie van de inbrenghandeling bij Nederlandse stichting

Zoals hiervoor in paragraaf 8.6.1 betoogd, kwalificeert de inbreng in een APV mijns inziens niet als gift, vanwege het ontbreken van een verrijking van enige persoon op het moment van de inbreng.⁷⁰⁶ De vraag rijst dan, hoe de inbrenghandeling wel gekwalificeerd zou kunnen worden, althans indien het APV een Nederlandse stichting is en de inbrenghandeling door Nederlands recht beheerst wordt.

De verschillende mogelijke titels voor inbreng overwegend, komt er naar mijn mening slechts één in aanmerking voor de inbreng in een APV: beheer. Aan de criteria gesteld aan andere mogelijke titels wordt mijns inziens niet voldaan en kan ook niet voldaan worden. Beheer is echter een belangrijk element, zo niet het belangrijkste, van de functie van een APV. Vanuit het beheersperspectief vertoont de overdracht van vermogen ook bepaalde parallellen met certificering: er wordt vermogen overgedragen

705 Het valt bovendien te verwachten dat kwalificatieverschillen met het buitenlandse recht weer hun eigen problemen zullen oproepen.

706 Het zou overigens mogelijk zijn om de inbrenghandeling te construeren als schenking, door de verplichting tot het doen van uitkeringen slechts betrekking te laten hebben op bijvoorbeeld 90% van de waarde van het ingebrachte vermogen en de resterende 10% aan de stichting te laten ter vrije besteding aan een secundair doel. Ik ga er evenwel vanuit dat dit doorgaans niet beoogd zal zijn en ga dus verder niet op deze mogelijkheid in.

aan een ander, die zelf geen economisch belang bij dit vermogen verkrijgt, maar dit beheert ten behoeve van een of meer derden.

Een belangrijk verschil tussen een APV en een STAK is uiteraard dat bij certificering vaststaat wie gerechtigd is tot het door de STAK beheerde vermogen, te weten de certificaathouder. Bij een discretionair APV ontbreken vooralsnog de concrete gerechtigden tot het APV-vermogen en kan men slechts zeggen dat de klasse van (huidige en toekomstige) begunstigden als geheel een aanspraak op dit vermogen heeft. Het verschil is overigens minder groot dan men wellicht op het eerste gezicht zou denken. Weliswaar heeft de certificaathouder een concreet vorderingsrecht, maar indien de voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden (zeer) restrictief zijn, bijvoorbeeld doordat de certificaten niet of beperkt overdraagbaar zijn, de certificaten niet royeerbaar zijn, de STAK niet verplicht is om inkomsten direct door uit te keren naar de certificaathouder en/of de certificaathouder geen of beperkte zeggenschap heeft over het functioneren van de STAK, dan kunnen de mogelijkheden voor de certificaathouder om zijn certificaat te verzilveren behoorlijk uitgehold worden. Het is zelfs denkbaar dat een certificaathouder in feite geen uitkeringen ontvangt en ook geen vervreemdingswinst kan realiseren, zodat zijn situatie eigenlijk niet zo veel gunstiger hoeft te zijn dan die van een begunstigde van een APV zonder afdwingbare aanspraak.⁷⁰⁷

Een vraag is in hoeverre het ontbreken van een persoon die nakoming van de verplichting, tot het (op enig moment) doen van uitkeringen, die bij de inbreng met het APV is overeengekomen, kan afdwingen een probleem is. Men kan wellicht betogen dat dit tot gevolg heeft dat de aan de inbreng ten grondslag liggende beheersovereenkomst in dat geval niet geldig is. Zelfs indien dit zo zou zijn, is het eventuele probleem mijns inziens oplosbaar. Voor deze oplossing kan gekeken worden naar één van de vereisten voor het geldig in het leven roepen van een (express) trust: de law against perpetuities, die erop neerkomt dat de trust slechts gedurende een bepaalde (zij het wellicht zeer lange) periode mag bestaan en dat aan het einde van deze periode alle aanspraken op het trustvermogen moeten vaststaan.⁷⁰⁸ Op vergelijkbare wijze kan bij de inbreng van vermogen in een APV-stichting overeengekomen worden dat na een bepaalde periode, bijvoorbeeld 100 jaar, uitkering van het op dat moment aanwezige vermogen plaats dient te vinden.⁷⁰⁹ Op deze manier zijn na verloop van de desbetreffende periode personen

707 Een verschil is nog wel dat het certificaat voor vererving vatbaar is, terwijl de begunstigde van het APV in dit geval geen aanspraak heeft die kan vererven.

708 Zie paragraaf 8.2.3.5.

709 Met dien verstande dat de law against perpetuities niet hoeft te betekenen dat de trust aan het einde van de perpetuity period eindigt. De trust kan ook blijven voor bestaan gedurende de periode waarin de aan het einde van de perpetuity period vaststaande aanspraken tot uitvoering gebracht worden, zoals de uitkering van vruchten aan de life tenant tot aan diens overlijden in geval van een life interest trust, gevolgd door de uitkering van het vermogen aan de remaindermen. Het doen uitkeren van het vermogen van een APV-stichting na een bepaalde periode brengt dus een nog iets scherpere beëindiging van het APV met zich. Uiteraard zou ook bij de APV-stichting bepaald kunnen worden

aanwezig met een concrete aanspraak en zijn er dus altijd een of meer personen die, zij het pas na verloop van tijd, het APV zo nodig kunnen dwingen tot nakoming van de verplichtingen uit diens overeenkomst met de inbrenger.

Ten slotte kan men zich de vraag stellen wat de consequenties zijn indien de inbrenghandeling door de inbrenger en het APV wordt aangemerkt als schenking, althans een gift, maar uiteindelijk inderdaad de conclusie is dat van een schenking geen sprake kan zijn, omdat niet aan de hieraan gestelde criteria voldaan is. Tenzij men tot een conversie van de aan de inbreng ten grondslag liggende titel in een andere titel zou kunnen komen, hetgeen naar mijn mening dan de titel van beheer zou moeten zijn, is de consequentie dat de titel niet geldig is en de overdracht van het vermogen aan het APV niet heeft plaatsgevonden.⁷¹⁰ Dat maakt dat het antwoord op de vraag, hoe de inbreng van vermogen in een APV-stichting gekwalificeerd dient te worden, van groot belang is.

8.6.3 Benadeling van de legitimaris door inbreng

De vraag of de inbreng gezien moet worden als een gift is bovendien slechts stap één. De legitimaris die de inbreng in aanmerking wil nemen bij het berekenen van zijn legitieme portie en deze eventueel zelfs wil inkorten zal nog een tweede horde moeten nemen, te weten de kwalificatie van de inbreng als een gift in de zin van artikel 4:67 BW. Zoals hiervoor reeds aangenomen komt in mijn ogen, aannemend dat de inbrenger zorgvuldig genoeg gepland heeft en voldoende geluk heeft gehad om langer dan vijf jaar na de inbreng te overlijden, slechts de categorie giften onder a in beeld, waar de inbreng eventueel onder gebracht kan worden. Dit betreft de giften die kennelijk gedaan en aanvaard zijn met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld. Ik zal hierna spreken van de “benadelende gift”. De parlementaire toelichting op deze bepaling is helaas summier, hetgeen ertoe leidt dat geen duidelijke interpretatie hiervan voorhanden is.

De tekst van het Ontwerp Meijers luidde op dit punt:

- a. *giften, die kennelijk zijn gedaan met de wetenschap, dat daardoor legitimarissen worden benadeeld;*⁷¹¹

In de Toelichting Meijers was bij deze oorspronkelijke bepaling opgemerkt dat voor een benadelende gift bewezen diende te worden dat op het ogenblik van de gift reeds

dat het vaststaan van afdwingbare aanspraken op de einddatum voldoende is, waarbij de afwikkeling van die aanspraken nog na die einddatum kan plaatsvinden.

710 Artikel 3:84 lid 1 BW.

711 Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: vaststellingswet boek 4; erfrecht, C.J. van Zeben, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, Kluwer Deventer 2002, pagina 407.

vaststond dat de gift boven het beschikbare deel van het vermogen van de gever uitging. Dit is derhalve een behoorlijk zware bewijslast.

Tijdens het wetgevend proces is zijn evenwel twee wijzigingen aangebracht namelijk in “gedaan en aanvaard” en “vooruitzicht” in plaats van wetenschap. Dit naar aanleiding van bezwaren van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer dat sprake zou zijn van bewijsmoeilijkheden en dat rekening gehouden diende te worden met de positie van de begiftigde, als gevolg waarvan de Commissie de bepaling wilde schrappen.⁷¹² Ter toelichting van de wijzigingen is allereerst opgemerkt dat dit laatste gedaan is door het vereiste te stellen dat ook de begiftigde begreep dat de gift een of meer legitimarissen zou benadelen, terwijl voorts “wetenschap” is vervangen door “vooruitzicht”, aangezien het eerste in strikte zin genomen vrijwel nooit bewijsbaar zou zijn. De bepaling is evenwel gehandhaafd omdat zij naar de mening van de wetgever moeilijk gemist kon worden ter bescherming van legitimarissen tegen

sprekende gevallen van – gelet op de vermogensomstandigheden en vooruitzichten – zo exorbitante giften, dat het partijen wel duidelijk moet zijn geweest dat de schenker als gevolg van de gift zijn legitimarissen weinig of niets zou nalaten.

Een exacte maatstaf als overschrijding van een kwart van het vermogen van de erflater op het moment van de gift is bewust vermeden, omdat de wetgever als gevolg daarvan onbillijkheden en onoplosbare geschillen voorzag.⁷¹³

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is ten slotte gevraagd of het aan te leggen criterium in het geval van een benadelende gift niet beperkt zou moeten blijven tot de omvang van de gift in combinatie met de omstandigheid dat de schenker zou moeten hebben begrepen dat de gift zou leiden tot de benadeling van legitimarissen. De eis dat ook de begiftigde dit had (kunnen) begrijpen zou te zwaar zijn. Dit laatste vereiste is evenwel gehandhaafd; de wetgever bleef van mening dat de benadelende giften beperkt zouden moeten blijven tot giften van een zodanig exorbitante omvang dat het partijen wel duidelijk moet zijn geweest dat de schenker als gevolg daarvan zijn legitimarissen weinig of niet zou nalaten.⁷¹⁴

Uit deze toelichting wordt derhalve weinig meer duidelijk dan dat zowel de schenker als de begiftigde zich bewust moesten zijn van de omstandigheid dat de gift de legitimarissen zou benadelen en dat daarvoor de omvang van de gift in relatie tot de omvang van het vermogen van de schenker, waarbij de gift een zodanige omvang moet hebben dat het partijen niet kan ontgaan dat de schenker onvoldoende vermogen

712 Kamerstukken II, vergaderjaar 1959/1960, 3 771, nr. 5, pagina 8, alsmede Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 409.

713 Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 411.

714 Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 420.

overhoudt voor de voldoening van de legitieme portie van zijn legitimarissen, (mede) bepalend is. Dit biedt derhalve weinig aanknopingspunten voor de interpretatie van de bepaling, aangezien de discussie zelden over de grensgevallen zal gaan.

Ook in de jurisprudentie komt artikel 4:67 sub a BW eigenlijk niet aan bod. De enige mij bekende uitspraak betreft die van Rechtbank Haarlem van 14 maart 2007.⁷¹⁵ Dit betrof een geschil tussen de kinderen/legitimarissen van Anton Heijboer en diens vier levensgezellen. De kunstenaar had de door hem vervaardigde kunstwerken overgedragen aan een VOF met de levensgezellen als vennoten, tegen een volgens de legitimarissen tegen een zodanig lage prijs dat sprake was van giften. De waardering daargelaten, heeft de rechtbank te oordelen over de vraag of de (eventuele) giften in aanmerking genomen moeten worden bij de berekening van de legitieme porties op grond van artikel 4:67 sub a BW. De rechtbank oordeelt op grond van de hiervoor weergegeven toelichting in de Eerste Kamer dat het relevante criterium niet is of partijen bij de gift zich bewust waren van de begiftiging en de daarmee samenhangende benadeling van de legitimarissen, maar of zij zich *daarvan bewust behoorden te zijn*.⁷¹⁶ Men kan zich afvragen of de rechtbank daarmee de lat voor de legitimarissen niet lager legt dan de wetgever voor ogen had. Kolkman lijkt in elk geval die mening toegedaan en staat een restrictieve interpretatie van artikel 4:67 sub a BW voor.⁷¹⁷

De vraag is dan wat het voorgaande betekent voor de inbreng van vermogen in een APV. De focus heeft in de parlementaire behandeling steeds gelegen op de disproportionele omvang van de gift in verhouding tot het totale vermogen van de schenker en niet op de intentie van partijen bij de schenking, wellicht omdat een expliciete intentie om legitimarissen te benadelen mogelijk wel aanwezig kan zijn, maar doorgaans niet te bewijzen is. Dan moet men terugvallen op de omstandigheid dat de inbrenger een zodanig gedeelte van zijn vermogen inbrengt, dat men er niet om heen kan dat diens legitimarissen benadeelt. Bij het gebruik van een APV als beschermingsfiguur lijkt een zodanig bewijs mij overigens wel haalbaar: om het APV als zodanig effectief te laten zijn, zou (nagenoeg) het volledige vermogen ingebracht moeten worden en in dat geval is een dergelijke wanverhouding aanwezig. Wellicht dat de inbrenger dit risico enigszins zou kunnen beperken door middel van een inbreng in tranches, zodat in elk geval de eerste tranches zijn vermogen niet zodanig aantasten dat hierdoor de voldoening van een theoretische legitieme portie in gevaar komt. Dan komt evenwel de vraag op, op welk moment het vooruitzicht van benadeling van de legitimarissen getoetst dient te worden. Ik zou zeggen op het moment van de (vermeende) gift, waarbij latere kennis bij partijen, en met name de begiftigde, niet relevant is. Desalniettemin lijkt het mij

715 Rechtbank Haarlem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0703.

716 Zie rechtsoverweging 5.9.

717 W.D. Kolkman, Vier levensgezellen, twee legitimarissen en een kunstenaar, Tijdschrift Erfrecht 2007/2, paragraaf 4. Hij is het overigens in casu eens met toepassing van de bepaling.

niet zeker dat in een dergelijk geval de eerste tranches buiten schot zouden blijven, vanwege de omstandigheid dat bij de inbreng in een APV, zo niet daadwerkelijk sprake is van een vooropgezet plan, men snel de schijn van samenspanning tegen zal hebben, hetgeen zich in het oordeel van een rechter wellicht vertaalt in het in aanmerking nemen van alle giften.

De literatuur over artikel 4:67 sub a BW, zeker in relatie tot de inbreng van vermogen in een (vorm van) APV, is beperkt. Voorts lopen de meningen ook op dit punt uiteen:

- Ebben⁷¹⁸ meent dat uit de behandeling bij de Eerste Kamer volgt dat onder “kennelijk gedaan en aanvaard” verstaan moet worden dat zowel bij de erflater als de begiftigde de opzet tot benadeling bij de legitimaris aanwezig moet zijn en hij merkt voorts op dat van een zodanige benadeling tijdens het leven van de erflater nooit sprake kan zijn, omdat (i) het uiteindelijke vermogen van de erflater niet vaststaat en (ii) de legitimarissen bovendien tijdens het leven van de erflater nog geen aanspraak hebben. Zijns inziens zal de interpretatie in de praktijk uitkomen tussen twee uitersten: enerzijds dat *alle* giften benadelend zijn, omdat ten slotte uiteindelijk na overlijden de legitimaris benadeeld kan blijken te hebben en anderzijds dat niemand geacht kan worden een vooruitzicht van benadeling te hebben, zodat de eis zodanig streng is dat geen enkele gift er onder valt. Hij meent dat het voor een werkbare toepassing in de praktijk noodzakelijk is dat de wetenschap van benadeling bij de erflater verondersteld mag worden en dat daaraan bij de begiftigde geen al te hoge eisen mogen worden gesteld. Voorts is hij van mening dat de omvang van de gift met zich kan brengen dat de begiftigde een vooruitzicht van benadeling zou moeten vermoeden.⁷¹⁹
- Veltman⁷²⁰ merkt op dat het bij giften in de zin van artikel 4:67 sub a BW niet alleen moet gaan om de wetenschap van benadeling van de legitimaris, maar ook om een *opzettelijke* benadeling. Vanwege de formulering “kennelijk” dient dit objectief bekeken te worden. Het lijkt hem echter lastig om te bewijzen dat benadeling van legitimarissen het doorslaggevende motief is geweest bij een inbreng in een familiestichting. Bovendien is vereist dat de aanvaarding ook gedaan is met het opzettelijke doel van benadeling.
- Van Mourik⁷²¹ gaat in op een rechtsvraag met betrekking tot een erflater die

718 Zie E.W.J. Ebben, De positie van de langstlevende echtgenoot en de kinderen in het nieuwe erfrecht (dissertatie), Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2000, paragraaf 7.5.7.

719 E.W.J. Ebben, In de praktijk; Vooruitzicht van benadeling bij giften, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2002/3, pagina 37. In gelijke zin E.W.J. Ebben, De berekening van de legitimaire massa; voer voor juristen?, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006/2, paragraaf 2.2.

720 Veltman, preadvies 2004, pagina 112, alsmede P.F. Veltman, De familiestichting en/in het erfrecht, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2004/6, paragraaf 2.2.2.

721 M.J.A. van Mourik, Rechtsvragenrubriek: Legitieme en stief(klein)kinderen, WPNR 2010/6828.

schenken van een zodanige omvang heeft gedaan, dat deze zelfstandig geen schending van de legitieme portie van zijn zoon inhouden, maar in combinatie met de inhoud van het, voorafgaand aan het doen van de schenkingen gemaakte, testament wel. Vraag is of voor de beoordeling of de giften onder artikel 4:67 sub a BW vallen rekening gehouden moet worden met de inhoud van het testament of niet. Van Mourik vult de toets ter zake als volgt in: (i) het gebruik van het woord “kennelijk” in de wettekst duidt op een objectivering en verwijst naar het redelijke oordeel van een buitenstaander, (ii) “gedaan en aanvaard” impliceert dat het oordeel zowel betrekking moet hebben op de schenker als op de begiftigde en (iii) “vooruitzicht” is zwakker van inhoud dan “bedoeling”. Met andere woorden: de vraag is of de schenker enerzijds en de begiftigde anderzijds naar objectieve maatstaven in redelijkheid moesten vermoeden dat de schenkingen de legitimaris zouden benadelen in zijn legitimaire positie. De omvang van de schenkingen⁷²² had in de ogen van Van Mourik de begiftigden in casu aan het denken moeten zetten en hij concludeert dat inderdaad sprake is van benadelende giften. De vraag of de inhoud van het testament hierbij nog een rol speelt wordt overigens niet beantwoord, maar ik zou menen van niet: de begiftigde zal hier in principe niet van op de hoogte zijn (althans dat leek in casu niet het geval), zodat dit gegeven niet gebruikt kan worden bij het invullen van de verwachting die de gift op de positie van de legitimaris kan hebben aan diens zijde.

- Roelofs⁷²³ is van mening dat, zelfs indien men echter zou aannemen dat de inbreng van vermogen in de trust kwalificeert als gift, artikel 4:67 sub a BW niet van toepassing is, omdat ook de begiftigde de bedoeling moet hebben gehad om de legitimaris te benadelen. Aangezien de trustee veelal in het buitenland gevestigd zal zijn en derhalve niet bekend is met het Nederlandse erfrecht en de legitieme portie, zal deze de inbreng niet aanvaarden met de bedoeling om legitimarissen te benadelen.⁷²⁴
- Waaijer⁷²⁵ acht ten slotte bij de toepassing van artikel 4:67 sub a BW van belang of aan de legitieme portie in combinatie met deze bepaling voldoende recht wordt gedaan en hij ziet deze categorie giften als één die misbruik probeert te

⁷²² Het betrof vier schenkingen van € 45.000 aan stief(klein)kinderen en één legitimaris, allen waren voor 1/5 erfgenaam. De omvang van de nalatenschap is niet bekend.

⁷²³ Roelofs 2011, pagina 90 – 91 en 87 – 88.

⁷²⁴ Roelofs 2011, pagina 93. Ik vind dit een wat gemakkelijke veronderstelling, die er vanuit gaat dat (i) de trustee geheel niet geïnformeerd zal worden over de achtergrond van de inbreng en (ii) zich als professionele trustee, waar veelal toch sprake van zal zijn, ook niet behoeft te verdiepen in de redenen van het instellen van een trust en de inbreng van een significant vermogen daarin. In de praktijk valt er op deze aanname derhalve naar mijn mening dus wel wat af te dingen. Zie voorts de hierna aangehaalde, tegenovergestelde, veronderstelling van Waaijer, die er juist vanuit gaat dat de trustee onderzoek doet naar de achtergrond van de trust en uit dien hoofde bekend zal zijn met de Nederlandse legitieme portie. Bij een APV dat een andere rechtsvorm heeft dan een trust, kan de (veronderstelde) kennis van de beheerder van het vermogen bovendien uiteraard weer geheel anders uitvallen.

⁷²⁵ Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, paragraaf X.9.3.

bestrijden en waarbij een extensieve uitleg gepast is. Hij meent dat de bepaling zijn waarde kan bewijzen bij de inbreng van vermogen in een trust. De bepaling vereist zijns inziens ten minste de schijn van samenspanning, aangezien ook aannemelijk moet zijn dat de begiftigde begreep of had moeten begrijpen dat de gift legitimarissen zou benadelen. Waaijer neemt daarbij kennelijk zonder meer aan dat de inbreng als gift gekwalificeerd kan worden. Hij meent dat bij een buitenlandse trustee, zo men deze als begiftigde zou willen zien, een dergelijke schijn van samenspanning als regel aangenomen mag worden, aangezien een dergelijke trustee in het kader van zijn onderzoek naar de achtergrond van de trust geacht mag worden bekend te zijn met de legitieme portie.

Het voorgaande in aanmerking nemend, is mijns inziens niet met zekerheid te zeggen of de inbreng van vermogen in een APV binnen het bereik van artikel 4:67 sub a BW kan vallen. Uiteraard zal dit ook afhangen van de feitelijke omstandigheden. Het succesvol laten zijn van het APV als beschermingsfiguur impliceert echter dat de inbrenger (nagenoeg) zijn gehele vermogen in dient te brengen, aangezien het niet ingebrachte vermogen ter vrije beschikking zal komen van diegenen voor wie de bescherming is ingesteld. Dan is naar mijn mening in principe sprake van een zodanig exorbitante inbreng dat, aannemend dat de inbreng als gift gezien zou moeten worden, deze ook aangemerkt moet worden als benadelende gift.

8.6.4 Conclusie

Een legitimaris moet twee horden nemen, alvorens de inkorting van de inbreng in het APV mogelijk wordt: de kwalificatie van de inbreng als gift in het algemeen en vervolgens de kwalificatie van deze gift als een gift die in aanmerking genomen wordt voor de regeling van de legitieme portie. Voor dit laatste zal in veel gevallen noodzakelijk zijn dat sprake is van een de legitimaris benadelende gift.

Van deze twee horden die de legitimaris is de eerste mijns inziens verreweg het hoogst. Naar mijn mening is niet voldaan aan alle drie de constitutieve elementen van een gift, omdat de vereiste verrijking van het APV niet aanwezig is, nu het APV geen enkel economisch belang bij het ingebrachte vermogen heeft. Indien echter toch geconcludeerd zou moeten worden dat de inbreng in het algemeen een gift is, lijkt mij de kans dat deze tevens als een “benadelende gift” wordt aangemerkt aanmerkelijk, althans indien de omvang van de inbreng zodanig is, dat deze betrekking heeft op een significant deel van de waarde van het totale vermogen van de inbrenger. Dat dit laatste zich voordoet, ligt echter voor de hand, omdat het succes van het APV als beschermingsfiguur daar vanaf hangt.

Men zou kunnen zeggen dat de conclusie, dat geen sprake is van een gift en derhalve geen mogelijkheden op grond van de legitieme portie, vanuit het perspectief van de door

de wetgever gewenste bescherming van de legitimaris onwenselijk is. In tegenstelling tot bij certificering heeft de legitimaris bij een APV immers zelfs geen economische aanspraak meer, hoe zeer die in geval van certificering ook dichtgetimmerd mag zijn. Zijn aanspraken op een deel van de waarde van het vermogen van de erflater worden daarmee bij inbreng in een APV illusoir gemaakt. Niet volledig uit te sluiten lijkt dat een rechter om billijkheidsredenen anders zou beslissen, maar mijns inziens is het systematisch zuiver om geen gift te zien en dus inderdaad een gat in de bescherming van de positie van de legitimaris. Het is dan echter aan de wetgever om hier desgewenst iets aan te doen, waarbij naar mijn mening wel de vraag is in hoeverre dit mogelijk is zonder andere vragen of knelpunten op te roepen.

8.7 Conclusie

Een (discretionair) APV is mijns inziens geschikt om als beschermingsfiguur te fungeren, aangezien deze figuur de toetsing aan de beide in hoofdstuk 2 onder (a) genoemde civielrechtelijke toetsingscriteria voldoet. Allereerst kan met een APV in beginsel een duurzame bescherming van het in het APV gebrachte vermogen bewerkstelligd kan worden. In tegenstelling tot bij bewind en certificering is in dit geval geen scheiding van zeggenschap en economisch belang, aangezien de (potentiële) begunstigden van het APV nog geheel geen aanspraken hebben. Zij ontvangen slechts iets concreets indien de beheerder van het APV daartoe besluit. In zoverre is hun positie derhalve zwakker dan bij bewind of certificering.

Ook is een APV flexibel. De mogelijkheden hangen uiteraard samen met de specifieke rechtsvorm die gekozen wordt, maar in elk geval de Nederlandse familiestichting en de Anglo-Amerikaanse trust bieden een grote flexibiliteit. Het APV kan daarmee ingericht worden zoals de insteller dit wenst en ook deze flexibiliteit draagt bij aan de geschiktheid van het APV als beschermingsfiguur.

Het APV voldoet voorts aan het criterium dat een regeling bestaat of mogelijk is die het evenwicht tussen de bij het APV betrokken belangen bewaart. De precieze invulling hangt daarbij uiteraard af van de specifieke rechtsfiguur die als APV fungeert. Bij de in dit hoofdstuk besproken rechtsfiguren is al een groot verschil zichtbaar: bij de Nederlandse stichting is de wettelijke regeling vrij summier, maar kan de insteller door middel van regelingen in de statuten van de stichting en in de voorwaarden waaronder de inbreng plaatsvindt dit evenwicht waarborgen. De Anglo-Amerikaanse trust kent daarentegen reeds een gedetailleerde eigen regeling inzake de bevoegdheden en verplichtingen van de trustee en de rechten van de beneficiaries en hun mogelijkheden om de trustee tot de orde te roepen, waarmee het evenwicht tussen de verschillende bij de trust betrokken belangen gewaarborgd wordt. De settlor kan hierop door middel van de bevoegdheden die hij de trustee toekent en de verplichtingen die hij de trustee oplegt een nadere verfijning in aanbrengen.

Er is evenwel een aantal aandachtspunten bij het gebruik van een APV als beschermingsfiguur, althans bij bepaalde rechtsfiguren die als APV kunnen fungeren:

- (a) Het APV als beschermingsfiguur is mijns inziens gevoeliger voor gedeeltelijke ongedaanmaking door legitimarissen door middel van een beroep op hun legitieme portie, althans is vooralsnog onduidelijk of een legitimaris hiermee succesvol zou kunnen zijn. Mijns inziens zou een zuivere toepassing van de definitie van een gift met zich brengen dat de inbreng van vermogen in een discretionair APV civielrechtelijk “zweeft” tot het moment van uitkering of toekenning van een afdwingbare aanspraak, aangezien er tot dit moment wel een verarming van de inbrenger plaatsvindt, maar nog geen verrijking van een ander. Het lijkt me echter geen zekerheid dat een rechter in voorkomend geval niet zou oordelen dat met de inbreng toch sprake is van een schending van de legitieme portie. Dit is een aandachtspunt dat speelt ongeacht de rechtsvorm van het APV.
- (b) Bij de Nederlandse stichting als APV is van belang dat een goede beheersregeling getroffen wordt, om de flexibiliteit van de stichting te waarborgen en om zeker te stellen dat de begunstigten voor hun belangen kunnen opkomen (zie paragraaf 8.5). Dit is naar mijn mening echter meer een aspect om zorgvuldig te regelen en niet zozeer een bezwaar tegen het gebruik van de stichting als APV.
- (c) Bij trustachtige APV's speelt de vraag van erkenning onder het Haags Trustverdrag. Indien de trust onvoldoende nexus met een trustjurisdictie heeft, is de Nederlandse rechter niet gehouden om deze te erkennen (zie paragraaf 8.2.3.9), waarbij vooralsnog niet duidelijk is hoe groot het risico op niet-erkenning daadwerkelijk is. Indien een dergelijke nexus minder sterk is, hetgeen goed denkbaar is bij een Nederlandse settlor, dan kan dit aspect een reden zijn om een entiteit met rechtspersoonlijkheid als APV te gebruiken. Het probleem van eventuele niet-erkenning speelt dan niet.

Als men met deze aandachtspunten rekening houdt, kan een APV naar mijn mening echter als beschermingsfiguur fungeren.

