Universiteit Leiden
The Netherlands

Speaking the same language: de invoering van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse recht

Filesia, K.R.

Citation
Filesia, K. R. (2023, October 5). *Speaking the same language: de invoering van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse recht*. *Meijers-reeks*. Wolters Kluwer, Deventer.

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	

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

Speaking the same language

De invoering van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse recht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 5 oktober 2023
klokke 16.15 uur

door

Katherine Ruth Filesia

geboren te Willemstad, Curaçao

in 1991

Promotoren:	prof. mr. W.G. Huijgen prof. dr. F. Sonneveldt
Promotiecommissie:	prof. mr. M.E. Koppenol-Laforce prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg prof. mr. F.W.J.M. Schols (Radboud Universiteit Nijmegen) prof. dr. J.C. Sonnekus (Universiteit van Johannesburg, Zuid-Afrika)

Dit promotieonderzoek is mede tot stand gekomen door financiële steun van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten en het Ernest 'Onchi' Cohen Henriquez Fonds, onderdeel van het Prins Bernard Cultuur Fonds Caribbean.

Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest
Druk: Kluwer, Deventer

© 2023 K.R. Filesia

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Aan mijn ouders Percy en Glenda die mij altijd onvoorwaardelijk hebben gesteund.

Voorwoord

Een proefschrift schrijven over de trust… het was geen makkelijke taak. Een rechtsfiguur die over het algemeen als complex wordt ervaren en waarbij bijzonder snel wordt aangenomen dat deze niet binnen ons rechtsstelsel past. Vooral dat laatste heeft mij enorm geïntrigeerd, gelet op het feit dat in een aantal andere continentale landen de trust wel is ingevoerd. Sterker nog: de trust is in een land als Curaçao – dat een nagenoeg identiek Burgerlijk Wetboek heeft aan dat van Nederland – geïmplementeerd. Mijn interesse werd verder aangewakkerd toen ik in het Curaçaose notariaat stage liep en gedurende die periode de Curaçaose trust onderwerp van gesprek was en veel stof heeft doen opwaaien in de Caribische juristengemeenschap. De felle discussies aldaar hebben mij zonder meer aan het denken gezet over zowel de Curaçaose trust als een eigen trustwetgeving in Nederland. De volgende vragen kwamen in mij op: hoe goed is over de trustwetgeving op Curaçao nagedacht? En waarom heeft Nederland dat bekend staat als internationaal handelsland geen trust? Fast forward… wij zijn zes jaar later en voor u ligt het resultaat van mijn nieuwsgierigheid.

Verder wil ik in dit voorwoord gebruikmaken van de gelegenheid om een aantal personen te noemen die ik zeer erkentelijk ben en die zonder meer hebben bijgedragen aan de totstandkoming van mijn proefschrift.

Allereerst wil ik mijn promotores Pim Huijgen en Frans Sonneveldt danken voor hun begeleiding en steun. Pim heeft vanaf het begin in mij geloofd. Indien er in het kader van het proefschrift iets moest worden geregeld of indien ik behoefte had aan een sparringsessie, stond hij altijd voor mij klaar. Ook Frans was – ondanks zijn drukke agenda – altijd bereid om van gedachten te wisselen en wij hebben urenlange en nuttige discussies gevoerd die mede voortvloeien uit onze gemeenschappelijke interesse voor de trust. Door hun ruimdenkende manier van begeleiden en de ruimte die zij mij hebben gegeven om mij academisch te ontwikkelen, heb ik mijn promotietraject als zeer prettig ervaren.

Ook wil ik een woord van dank uitspreken jegens Willem Zwalve voor de vurige, doch vruchtbare discussies die wij hebben gevoerd. Bij hem stond de deur altijd wagenwijd open en ik kon te allen tijde binnenwandelen. Hij stimuleerde mij om altijd kritisch na te denken. We waren het niet altijd met elkaar eens, maar ik heb hier zeer plezierige herinneringen aan overgehouden. Bij Zwalve komt 'we agree to disagree' goed tot zijn recht.

Verder ben ik de hoofdbibliothecaris van de Bodleian Library in Oxford, Margareth Watson, zeer erkentelijk voor alle tijd die zij gedurende mijn

Oxford-periode voor mij heeft ingeruimd om mij alle hoeken van de bibliotheek te laten zien, in het bijzonder de 'trust corner'. Ik heb dagenlang doorgebracht in de bibliotheek en zij heeft elke dag mijn lijstje boeken doorgenomen en mij waardevolle publicaties aangeraden of voor mij besteld. Daarnaast wil ik ook prof. dr. Birke Häcker, destijds de director van het Insitute of European and Comperative Law in Oxford, prof. dr. William Swadling van Brasenose College in Oxford, prof. dr. Lionel Smith van de McGill University, prof. dr. James Lee van de Kings College London en dr. Wu Ying-Chieh van de National University of Singapore bedanken voor hun hulp en discussies gedurende mijn tijd in Oxford. Zij hebben mij waardevolle inzicht gegeven over het Engelse rechtssysteem en de wijze van interpretatie van het recht door *common-law*-juristen die nogal verschilt van continentale juristen.

Een andere persoon die ik persoonlijk wil danken is prof. mr. Jan de Boer die mij toegang heeft gegeven tot het trustdossier op Curaçao en die aan mij alle documenten over de Curaçaose trust heeft overhandigd. Zonder zijn hulp was het een stuk moeilijker geweest om aan informatie over de trust en de parlementaire stukken te komen.

Een woord van dank gaat eveneens uit naar Chris Palmer, Hans Vegter, Etienne Ys en notaris Alba Chatlein (waar ik stage op Curaçao heb gelopen), en al mijn andere (ex)collega's, familie en vrienden op Curaçao en in Nederland, die mij op één of andere wijze gedurende mijn promotietraject hebben bijgestaan. Masha danki voor jullie steun!

Tot slot wil ik mijn ouders en mijn vriend Mark hartelijk danken voor hun onvoorwaardelijke liefde en steun. Vaak heb ik in de nacht – gezien het tijdsverschil – met ze gebeld. Hoewel zij geen juristen zijn, hebben zij als klankbord gefungeerd en waardevolle adviezen gegeven over het proefschrift. Mark, dank voor je geduld en al de nachten die wij samen hebben doorgebracht waarbij je mij hebt gemotiveerd om mijn proefschrift af te maken. *Vielen dank mein schatz!*

Dit promotieonderzoek is afgesloten op 1 maart 2023. De na deze datum verschenen wetgeving, literatuur en rechtspraak zijn derhalve buiten beschouwing gelaten.

Inhoudsopgave

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN XIX

1 INLEIDING 1

1 Introductie 1
2 Probleemstelling en afbakening onderzoek 2
3 Relevantie onderzoek 3
4 Methodologie 4
5 Terminologie 5
6 Plan van behandeling 6

DEEL I – Het Anglo-Amerikaanse trustrecht 9

2 DE TRUST NAAR ANGLO-AMERIKAANS RECHT 11

1 Inleiding 11
2 De geschiedenis van de trust in het Anglo-Amerikaanse recht 12
2.1 Het Engelse feodale systeem 12
2.2 De feoffment to 'uses' 13
2.3 De Court of 'Common law' en de Court of 'Chancery' 14
2.4 Van de feoffment to 'uses' naar de trust 15
3 De trust naar huidig Anglo-Amerikaans privaatrecht 16
3.1 De definitie van de trust 16
3.2 'Dual ownership', 'legal' interest en 'equitable' interest 17
3.3 De belangrijkste trustcategorieën 20
3.3.1 De 'express' trust 21
3.3.2 De 'resulting' trust 21
3.3.3 De 'constructive' trust 22
3.3.4 De 'statutory' trust 27
3.3.5 De categorie 'implied' trusts 27
4 De 'express' trust naar Anglo-Amerikaans trustrecht 28
4.1 De 'private express' trust in het algemeen 28
4.2 De belangrijkste kenmerken van de 'private express' trust 30
4.3 De materiële vereisten voor de totstandkoming van de 'private express' trust 33
4.3.1 De 'certainty of intention' 34
4.3.2 De 'certainty of subject matter' 35
4.3.3 De 'certainty of objects' 36

4.4 De materieelrechtelijke grenzen aan de totstandkoming van de 'private express' trust 37
4.4.1 De toepassing van de rule against remoteness of vesting' bij de creatie van de 'private express' trust 38
4.4.2 De toepassing van de rule against inalienability' bij de creatie van de 'private express' trust 40
4.4.3 De 'rule against accumulations' 41
4.4.4 Geen strijdigheid met dwingende wetsbepaling, de goede zeden of de openbare orde 42
4.5 De totstandkoming van de 'private express' trust 43
4.5.1 Het tijdstip van de totstandkoming van de 'private express' trust 43
4.5.2 De wijze van totstandkoming van de 'private express' trust 43
4.5.2.1 De 'inter vivos' trust 43
4.5.2.1.1 De 'transfer in trust' 43
4.5.2.1.2 De 'self-declaration of trust' 46
4.5.2.2 De 'testamentary' trust 48
4.6 De formaliteiten bij de instelling van de 'private express' trust 52
4.6.1 De 'inter vivos' trust 52
4.6.1.1 Wilsverklaring 52
4.6.1.2 Overdracht 53
4.6.2 De 'testamentary' trust 53
4.6.2.1 Wilsverklaring 53
4.6.2.2 Overdracht c.q. overgang 54
4.7 Wat kan precies toevertrouwd worden aan de trustee bij een 'private express' trust? 54
4.8 De betrokkenen bij de 'private express' trust: wie kunnen optreden c.q. worden benoemd? 57
4.8.1 Settlor 57
4.8.2 Trustee 58
4.8.3 Beneficiary 59
4.8.4 Protector 60
4.9 De benoeming en het ontslag van de trustee bij een 'private express' trust 61
4.9.1 De benoeming van trustee 61
4.9.1.1 De eerste benoeming van een trustee 61
4.9.1.2 De benoeming van een trustee ter vervanging van een andere trustee of uitbreiding van een groep trustees 62
4.9.2 Het einde van de hoedanigheid en ontslag van een trustee 64
4.10 Het karakter van de rechtsverkrijging 65
4.11 Het karakter van het recht van de beneficiary 66
4.11.1 De belangrijkste basisrechten, bevoegdheden en remedies van een (potentiële) beneficiary 68
4.11.1.1 Het recht op behoorlijk beheer van de trust 68
4.11.1.1.1 Het recht op rekening en verantwoording 68
4.11.1.1.2 Het recht op informatie 68
4.11.1.1.3 Het recht op inzage van trustdocumenten 69

4.11.1.2 De bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust (Sauders v Vautier rule) 70
4.11.1.3 Remedies van de beneficiary bij onbehoorlijk beheer van de trust 71
4.11.2 Bijzondere rechten en bevoegdheden van een beneficiary 72
4.12 De 'charitable' trust 72
4.13 De Anglo-Amerikaanse 'express' trust in de praktijk 75
5 Powers in het Anglo-Amerikaanse trustrecht 76
5.1 De rechtsfiguur 'powers' in het algemeen 76
5.2 De betekenis van powers in het Anglo-Amerikaanse trustrecht 77
5.3 Soorten powers die in het trustrecht in het leven kunnen worden geroepen 79
5.3.1 Administrative powers en dispositive powers 79
5.3.1.1 Powers of appointment 81
5.3.1.2 Powers of revocation of trusts 81
5.3.2 'Mere personal' powers en 'mere fiduciary' powers 82
5.4 De creatie en de uitoefening van powers 84
5.4.1 De creatie van 'administrative' en 'dispositive' powers 85
5.4.2 De uitoefening van powers 87
5.5 De formaliteiten bij de creatie en de uitoefening van powers 87
5.5.1 Formaliteiten bij de creatie van powers 87
5.5.2 Formaliteiten bij de uitoefening van powers 88
5.6 De betrokkenen bij de verlening en de uitoefening van powers 89
5.6.1 De donor 89
5.6.2 De donee 90
5.6.3 Begunstigden: de objecten van de verkrijging 91
5.6.4 De appointive property 92
5.6.5 De verkrijging 'in default of appointment' 93
5.7 Powers versus eigendom 94
5.8 Powers versus trusts 96
5.8.1 Het verschil tussen powers en trusts in het algemeen 97
5.8.2 Het verschil tussen 'mere personal' powers of appointment, 'mere fiduciary' powers of appointment, discretionary trusts en fixed trusts 98
5.8.2.1 De fixed trust en de discretionary trust 99
5.8.2.2 'Mere' powers of appointment, 'fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts 101
5.8.2.3 Rechten van objecten van 'mere' powers of appointment, 'fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts bij de uitoefening van verleende bevoegdheden 104
5.8.2.4 Bepaalbaarheid van objecten van 'fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts met betrekking tot de afdwingbaarheid van hun rechten 106
5.8.3 De combinatie van powers en trusts in het Anglo-Amerikaanse trustrecht 109
6 Afsluitend 110

DEEL II – Het Curaçaose trustrecht 111

3 DE TRUST NAAR CURAÇAOS RECHT 113
1 Inleiding 113
2 De Curaçaose wetgeving en de staatkundige structuur 113
2.1 De historische achtergrond en het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden 113
2.2 De ontmanteling van de Nederlandse Antillen 114
2.3 Het concordantiebeginsel in het Statuut 115
2.4 De invoering van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (en later Curaçao) 116
2.5 De ontwikkeling van de trustwetgeving in het Curaçaose recht 117
2.6 Het ontbreken van het fiduciaverbod in het Curaçaose recht 119
3 De Curaçaose trust 120
3.1 De Curaçaose trust in het algemeen 120
3.1.1 De achtergrond van de trustwetgeving 120
3.1.2 De omschrijving en het wezen van de Curaçaose trust 121
3.1.3 Het gebruik van de termen 'legal interest' en 'equitable interest' 123
3.2 De belangrijkste kenmerken van de Curaçaose trust 123
3.3 De totstandkoming van de Curaçaose trust 126
3.3.1 De materiële vereisten voor de totstandkoming van de Curaçaose trust 126
3.3.1.1 De rechtshandeling tot de instelling van de Curaçaose trust 126
3.3.1.2 Aanwijzing begunstigde of omschrijving doel 127
3.3.1.3 Benoeming trustee en de aanvaarding van de benoeming 128
3.3.1.4 Voorziening aanwezigheid Curaçaose trustee 128
3.3.1.5 Omschrijving van de trustgoederen 129
3.3.1.6 De benaming van de trust 129
3.3.2 De materieelrechtelijke grenzen aan de totstandkoming van de Curaçaose trust 130
3.3.3 Het tijdstip van totstandkoming 132
3.3.4 De wijze van totstandkoming 132
3.3.4.1 De 'inter vivos' trust 132
3.4.1.1.1 De overdracht ten titel van trust 132
3.4.1.1.2 De eenzijdige verklaring van trust 137
3.4.1.1.3 Geen buitengerechtelijke vernietiging van de wijze van toevertrouwen 140
3.3.4.2 De testamentaire trust 140
3.3.5 Is de instelling van de Curaçaose trust een gift? 142
3.3.5.1 Het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee 142
3.3.5.2 Het recht van de begunstigde 143
3.3.5.2.1 Het recht van de begunstigde bij een 'fixed' trust 143

3.3.5.2.2 Het recht van een begunstigde bij een 'discretionary' trust 145
3.3.5.2.3 De trust ter verwezenlijking van een bepaald doel 146
3.3.5.3 Een overdracht ten titel van trust of ten titel van schenking? 146
3.4 De formaliteiten bij de instelling en de openbaarmaking van de Curaçaose trust 147
3.4.1 De formaliteiten bij de instelling van de trust 147
3.4.1.1 Wilsverklaring 147
3.4.1.2 Overdracht 148
3.4.2 Trustgebreken en heling van een trust 148
3.4.3 De formaliteiten bij de openbaarmaking van de trust 151
3.5 Wat kan precies worden toevertrouwd aan de trustee in het Curaçaose trustrecht? 152
3.5.1 De trustgoederen 152
3.5.2 Bijzonderheden 153
3.5.2.1 Een onderneming of aandeel in een openbare personenvennootschap ex art. 3:136 BWC 153
3.5.2.2 De economische eigendom 155
3.5.2.3 Toekomstige goederen 156
3.5.3 De benaming 'trustvermogen' 157
3.6 De betrokkenen bij de trustverhouding 159
3.6.1 De insteller 159
3.6.2 De trustee 159
3.6.3 De protector 161
3.6.4 De begunstigde 161
3.7 De opvolging, toetreding en het einde van de hoedanigheid van trustee bij de Curaçaose trust 163
3.7.1 De benoeming van een trustee ter vervanging van een andere trustee of uitbreiding van een groep trustees 163
3.7.2 De schorsing en het einde van de hoedanigheid van de trustee 164
3.7.2.1 Schorsing 164
3.7.2.2 Einde hoedanigheid trustee 165
3.8 Het karakter van de rechtsverkrijging 166
3.8.1 De 'inter vivos' trust 166
3.8.2 De testamentaire trust 166
3.9 Het recht van de begunstigde naar Curaçaos recht 167
3.9.1 Het karakter van het recht van de begunstigde 167
3.9.2 De belangrijkste basisrechten, bevoegdheden en remedies van een (potentiële) beneficiary 167
3.9.2.1 Het recht op behoorlijk beheer van de trust 167
3.9.2.1.1 Het recht op rekening en verantwoording 168
3.9.2.1.2 Het recht op inzage van trustdocumenten 169
3.9.2.1.3 Het recht op informatie 169
3.9.2.2 Geen bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust 170

3.9.2.3 Andere rechten en bevoegdheden 170
3.9.2.4 Remedies van de begunstigde bij onbehoorlijk beheer van de trust 170
3.9.2.4.1 Belangrijkste remedies die tegen een trustee kunnen worden ingeroepen 172
3.9.2.4.2 Belangrijkste remedies die tegen derden kunnen worden ingeroepen 178
3.9.2.5 Kwalificatie van het recht van de begunstigde naar Curaçaos recht 191
3.9.2.5.1 Kan het recht van de begunstigde worden aangemerkt als een voorwaardelijk eigendomsrecht? 191
3.9.2.5.2 Het recht van de begunstigde als vermogensrecht ex art. 3:6 BWC 193
3.10 De instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel 195
3.11 De uitvoering van de Curaçaose trust in de praktijk 196
4 Trustrechtelijke rechten en bevoegdheden in het Curaçaose trustrecht 197
4.1 Wettelijke trustrechtelijke rechten en bevoegdheden in het Curaçaose trustrecht 197
4.1.1 De bevoegdheid om de trustbepalingen te wijzigen en de trust te herroepen 197
4.1.2 Wijziging van de trustbepalingen door onvoorziene omstandigheden 200
4.1.3 De bevoegdheid om een trustee te benoemen, te schorsen, te vervangen of te ontslaan 200
4.1.4 De bevoegdheid om een protector te benoemen, te schorsen, te vervangen of te ontslaan 201
4.1.5 De bevoegdheid om bepaalde maatregelen te nemen ter bescherming van het trustfonds 201
4.1.6 De wettelijke bevoegdheden van de trustee 202
4.2 Niet in de wet geregelde rechten en bevoegdheden 204
4.2.1 De rechten en bevoegdheden die niet onverenigbaar zijn met het bestaan van de trust 204
4.2.2 De overige niet wettelijke trustrechtelijke rechten en bevoegdheden 205
5 Afsluitend 206

4 DE PROBLEMEN IN HET CURAÇAOSE TRUSTRECHT: TIJD VOOR REPARATIEWETGEVING 207
1 Inleiding 207
2 De discussie over de Curaçaose trust in de rechtsliteratuur 207
2.1 De wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee 207
2.1.1 De opvattingen van De Boer, Bergervoet, Mansur en Burgers 208
2.1.1.1 De opvatting van De Boer in het WPNR en op het Seminar Curaçao trust in de praktijk 208
2.1.1.2 De opvatting van Bergervoet & Mansur 213

2.1.1.3 De reactie van Burgers op het standpunt van Bergervoet & Mansur 218
2.1.1.4 Naschrift van Bergervoet & Mansur 224
2.2 De trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en begunstigde 227
2.2.1 De opvattingen van Zwalve en Bakker 227
2.2.1.1 De opvatting van Zwalve in RMThemis 227
2.2.1.2 De opvatting van Bakker in het CJB 229
2.3 Overige opmerkingen 232
3 De oplossingen ter verbetering van de werking van de Curaçaose trust 232
3.1 Aanpassing ruime definitie van de Curaçaose trust 232
3.2 Aanvulling van de materiële vereisten voor de totstandkoming van de Curaçaose trust 234
3.2.1 Het opnemen van het bepaalbaarheidsvereiste in de wet 234
3.2.2 De latere aanwijzing van een begunstigde bij notariële akte 235
3.2.3 De verplichte benoeming van een protector bij onmogelijkheid van belangenbehartiging en bij de instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel 235
3.2.4 De aanvaarding van de functie van de testamentaire trustee bij notariële akte, niet zijnde de trustakte 236
3.3 Instelling van de trust voor bepaalde tijd 236
3.3.1 Tijdslimiet voor bepaalde trusts 236
3.3.2 Termijnstelling voor aanwijzing van een begunstigde door de trustee bij 'discretionary' trusts 237
3.4 Afzonderlijke wetsbepaling ter zake van de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust 237
3.4.1 Scherpere formulering van het bepaalde in art. 4:127 lid 4 BWC voor de overdracht ten titel van trust 238
3.4.2 Een wettelijke basis voor de eenzijdige verklaring van trust 239
3.4.3 Vastlegging van de voor de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust mogelijke wijzen van toevertrouwen in een afzonderlijke wetsbepaling 241
3.5 Een erfrechtelijke regeling voor de testamentaire trust 241
3.6 Het stellen van voorwaarden aan het plaatsen van een onderneming of aandeel in een personenvennootschap onder trustverband 247
3.7 Verlening voorrecht trustee voor het voorschieten van trustkosten uit privévermogen 248
3.8 Aanpassing en uitbreiding van de (goederenrechtelijke) remedies van de (potentiële) begunstigde in het Curaçaose trustrecht 249
3.8.1 Aanpassing van de wetsbepaling ter zake van de goederenrechtelijke opvorderingsactie 249
3.8.2 Introductie van een voorrangsrecht voor de (potentiële) begunstigde in geval van een 'breach of trust' 250
3.8.3 Proces ter bepaling van remedies van de (potentiële) begunstigde bij een 'breach of trust' 253
3.9 Introductie van een algemene beperking op de beschikkingsbevoegdheid van de trustee 255

3.10 Verruiming bescherming van opvolgende verkrijgers te goeder trouw bij een 'breach of trust' 255
3.11 Kenbaarmaking trustbepalingen in het handelsregister die betrekking hebben op rechten van derden 256
3.12 Vastlegging opvolgende benoeming van een trustee na de totstandkoming van de trust in de wet 257
3.13 Verplichte aflegging rekening en verantwoording door de trustee en bescherming van het recht op behoorlijk beheer van de (potentiële) begunstigde 257
3.14 Verruiming gronden voor beëindiging trust 258
3.15 Overige oplossingen c.q. suggesties ter verbetering van de Curaçaose trustwetgeving 258
3.15.1 Algemene wetsbepaling voor het creëren van trustrechtelijke bevoegdheden bij de trustakte 258
3.15.2 Te allen tijde kenbaar maken van de hoedanigheid van trustee aan de wederpartij 259
3.15.3 Overdracht ten titel van schenking wordt geacht overdracht ten titel van trust te zijn 260
3.15.4 Uitsluiting plaatsing toekomstige goederen onder trustverband bij de instelling van de trust 260
3.15.5 Beperking van de toepassing van titel 3.7 BWC indien meerdere trustees in functie zijn 260
3.15.6 Verkrijging van rechtswege van de bundel van rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies door de (potentiële) begunstigde 261
3.15.7 Herformulering van art. 3:131 BWC 262
3.15.8 Herformulering van art. 3:160 BWC 262
3.15.9 Herformulering art. 3:128 BWC 263
3.15.10 Herformulering art. 3:130 lid 5 BWC 263
3.15.11 Schrapping van art. 1:88a BWC 263
3.15.12 Schrapping van art. 3:158 BWC 264
3.15.13 Schrapping art. 3:127 leden 1 en 3 BWC 264
3.15.14 Vervanging van de term 'bestuur' in de Landsverordening Trust 264
3.15.15 Vervanging van de term 'trustvermogen' in de Landsverordening Trust 265
4 Afsluitend 265

DEEL III – Het Nederlandse trustrecht 267

5 OP WEG NAAR DE INVOERING VAN EEN TRUST IN HET NEDERLANDSE RECHT? 269
1 Inleiding 269
2 De stand van zaken betreffende de invoering van de trust in Nederland 269
2.1 De trust in het Nederlandse recht: een wetsvoorstel in de maak? 269
2.2 De belangrijkste argumenten pro en contra de invoering van de trust in het Nederlandse recht 271
2.2.1 De voornaamste redenen tegen de invoering van de trust 271

2.2.2 De voornaamste redenen voor de invoering van de trust 273
2.3 De meest voorkomende misvattingen over de trust in het Nederlandse recht 274
2.3.1 De aanduiding van tracing als recht 276
2.3.2 Classificatie van het recht van de begunstigde als beperkt recht 277
2.3.3 Aanduiding van het recht van de begunstigde als economische eigendom 278
3 In hoeverre kan de trust in het Nederlandse recht worden ingevoerd? 279
3.1 Het concordantiebeginsel 279
3.2 Het Curaçaos trustmodel als voorbeeld 280
3.3 Tweetal beperkingen in het Nederlandse recht ten aanzien van de trust 280
3.3.1 Het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW 280
3.3.1.1 Het fiduciaverbod in relatie tot de trustfiguur 280
3.3.1.2 Het fiduciaverbod in relatie tot 'powers' 284
3.3.2 De legitieme portie 285
3.3.2.1 Kwalificeert een inbreng van goederen in een trust als gift? 286
3.3.2.2 In aanmerking genomen giften en de waardering van de inbreng van de goederen in de trust 289
3.3.2.3 Giften die in het kader van de trust in mindering worden gebracht 290
3.3.2.4 Inkorting van giften in het kader van de trust 291
4 De invoering van de trust in het Nederlandse recht 293
5 Afsluitend 295

6 CONCLUSIE 297
1 De functionele interpretatie van de Anglo-Amerikaanse trust 297
2 Het Curaçaose trustrecht als voorbeeld voor een mogelijk Nederlands trustrecht 298
3 De wijze waarop de trustfiguur in het Nederlandse burgerlijk recht kan worden ingevoerd 299
4 Aanbeveling 300
5 Tot slot 300

SAMENVATTING 301
SUMMARY 307
LITERATUUR 313
JURISPRUDENTIE 333
BIJLAGE 335
CURRICULUM VITAE 355

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening(en)
A-G	advocaat-generaal
art.	artikel
artt.	artikelen
BES-eilanden	Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Caribisch Nederland)
BW	Burgerlijk Wetboek
BWA	Burgerlijk Wetboek Aruba
BWC	Burgerlijk Wetboek Curaçao
BWNA	Burgerlijk Wetboek Nederlandse Antillen
CIFA	Curaçao International Financial Services Association
CJB	Caribisch Juristenblad
concl.	conclusie
c.q.	caso quo
DCFR	Draft Common Frame of Reference
diss.	dissertatie
e.a.	en andere
Ed.	Edition
e.v.	en volgende
EU	Europese Unie
Fw	Faillisementswet
GROM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen
GS	Groene Serie
Gw	Grondwet
HCCH	Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht
Het Koninkrijk	het Koninkrijk der Nederlanden
HR	Hoge Raad
HTV	het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts
jo.	juncto
KWEP	Kwartaalbericht Estate Planning
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot van
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
MvT	memorie van toelichting
NFR	Nieuw Fiscaal Raamwerk
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
nr.	nummer

nrs.	nummers
o.a.	onder andere
p.	pagina
Pb.	Publicatieblad
r.o.	rechtsoverweging
red.	redactie
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
SPF	stichting particulier fonds
Statuut	het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden
T&C	Tekst & Commentaar
TE	Tijdschrift Erfrecht
UBO	Ultimate Beneficial Owner
Uva	Universiteit van Amsterdam
Vgl.	Vergelijk
Vol.	Volume
Washington D.C.	Washington District of Columbia
WBR	Wet op belastingen van rechtsverkeer
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1 Inleiding

1 INTRODUCTIE

In 1984 ontmoetten de toenmalige Franse president François Mitterrand en de toenmalige Amerikaanse president Ronald Reagan elkaar in Washington D.C. teneinde de ontwikkelingen in de wereldpolitiek te bespreken. Naar aanleiding daarvan publiceerde het Amerikaanse nieuwstijdschrift Newsweek destijds hierover het artikel 'Speaking the same language' dat het doel van de ontmoeting beschreef met de volgende anekdote:

> "François Mitterrand said he had forgotten the English he learned as a young man on visits to Britain and the United States. Ronald Reagan admitted that he remembers none of his schoolboy French. (…) But when it came to the most important issue they discussed (…) both leaders were delighted to learn that they spoke the same language."[1]

Het hierboven aangehaalde adagium 'speaking the same language' illustreert dat de 'common law' landen zoals de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk toentertijd in grote mate de wereldpolitiek bepaalden, waarbij landen in continentaal Europa zoals Frankrijk dezelfde buitenlandse politieke koers volgden teneinde een collectief belang te dienen. De voornoemde 'common law' landen die toentertijd de wereldpolitiek domineerden, hebben thans nog steeds een grote invloed in niet alleen de wereldpolitiek, doch ook in de internationale financieringswereld waarbij de rechtsfiguur van de trust als juridisch instrument een belangrijke rol speelt in internationale financiële transacties.[2] Als gevolg hiervan en ten gevolge van de behoefte aan een in de internationale rechtspraktijk reeds bekende rechtsfiguur als de trust, rijst de vraag waarom Nederland als Europees land – dat overigens prominent aanwezig is in de internationale estate plannings- en financieringspraktijk en waarin de kenniseconomie een onmiskenbare rol speelt – geen trust als rechtsfiguur heeft geïntroduceerd in zijn rechtsstelsel. Juist in deze tijden van globali-

---

1 'Speaking the same language', *Newsweek* (International, Atlantic Edition) 2 april 1984, Volume 103, Issue 14.

2 D.J. Hayton, 'Introductory Overview and Comment', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 1-2.

sering zou de trust als een nuttig juridisch instrument in Nederland kunnen worden toegepast teneinde internationale financiële transacties te faciliteren. Voorts zou de trustfiguur in dat kader een positief effect c.q. impact kunnen hebben op de Nederlandse kenniseconomie. Waarom is Nederland in dit kader 'not speaking the same (trust) language'?

2 PROBLEEMSTELLING EN AFBAKENING ONDERZOEK

Afgelopen decennia is veelvuldig in de parlementaire geschiedenis en de rechtsliteratuur bediscussieerd of de rechtsfiguur van de trust in een continentaal stelsel als dat van Nederland inpasbaar is, vanwege de fundamentele verschillen tussen het 'common law' en het continentale rechtssysteem.[3] Tot heden is de invoering van de trust in het Nederlandse recht evenwel achterwege gebleven. Op Curaçao heeft de trust daarentegen, met de ingrijpende wijzigingen die in het Curaçaose BW per 1 januari 2012 zijn doorgevoerd, wel een plaats in de wet gekregen. Curaçao is daardoor één van de eerste landen met een continentaal rechtsstelsel binnen het Koninkrijk met een eigen trustwetgeving. Ook Sint Maarten heeft een trustwetgeving die identiek is aan die van Curaçao, per 1 april 2014 ingevoerd. Gelet hierop, zal in dit onderzoek louter de Curaçaose trustwetgeving onder de loep worden genomen.

Gelet op het feit dat Curaçao voor wat betreft het civiele recht een rechtssysteem heeft dat nagenoeg gelijkluidend is aan dat van Nederland en de trust heeft ingevoerd, rijst de vraag waarom Nederland in dat kader niet het voorbeeld van Curaçao kan volgen. Teneinde deze vraag te beantwoorden kan de hoofdvraag van dit onderzoek als volgt worden verwoord:

> *In hoeverre en op welke wijze kan het Curaçaose trustmodel als voorbeeld dienen voor de invoering van de trust in het Nederlandse civiele recht?*

De volgende deelvragen zullen in dit kader worden behandeld:

a. *Op welke wijze functioneert de trust naar Anglo-Amerikaans recht? Wat zijn de rechtsgevolgen van de trust naar Anglo-Amerikaanse recht?*
b. *Op welke wijze functioneert de trust naar Curaçaos recht? Wat zijn de rechtsgevolgen van de trust naar Curaçaos recht? Wat zijn de tekortkomingen in het Curaçaose trustrecht?*
c. *Op welke wijze kunnen de huidige problemen in het huidige Curaçaose trustrecht worden opgelost?*
d. *Op welke wijze kan de trust in het Nederlandse recht worden ingevoerd?*

3 Zie hiervoor hoofdstuk 5 en de aldaar aangehaalde literatuur.

In dit onderzoek zal uitsluitend worden ingegaan op de civielrechtelijke aspecten van de trust, in het bijzonder het materiële trustrecht in de Anglo-Amerikaanse, Curaçaose en Nederlandse rechtsstelsels. Behoudens een korte zijstap naar de overdrachtsbelasting en enkele internationaal privaatrechtelijke aspecten, zullen – tenzij expliciet aangegeven – de fiscale behandeling van de trust, de behandeling van de trust in de internationaal privaatrechtelijke sfeer, boek X (Trusts) van het DCFR[4], de UBO-wetgeving met betrekking tot de trust[5], trustachtige figuren en in beginsel trustwetgeving in andere rechtsstelsels, in dit onderzoek buiten beschouwing worden gelaten.

3 RELEVANTIE ONDERZOEK

De laatste vier decennia heeft de trustfiguur en de invoering daarvan in het Nederlandse recht in de rechtsliteratuur herhaaldelijk in de belangstelling gestaan.[6] Op internationaal privaatrechtelijk gebied is in 1997 de dissertatie van Koppenol-Laforce verschenen over de behandeling van de trust ingevolge het Haags Trustverdrag.[7] In 2004 heeft Aertsen in zijn dissertatie onderzoek gedaan naar de (filosofische) grondslagen van het trustrecht en de gronden voor de invoering van de trust in het Nederlandse recht, alsook heeft hij aandacht besteed aan 'mixed legal systems'.[8] Voorts heeft Loof recentelijk vanuit een dogmatisch perspectief in zijn dissertatie de fiduciaire rechtsverhouding tussen trustees en personen ten behoeve van wie goederen worden beheerd, uitvoerig geanalyseerd.[9] Op fiscaalrechtelijk gebied schreven Sonneveldt in 2000, Boer in 2011 en Gilissen in 2012 dissertaties over de fiscale behandeling van de trust.[10] Anders dan de onderzoeken die reeds zijn verricht

4 Boek X (Trusts) van het DCFR zal in casu buiten beschouwing worden gelaten, gezien het feit dat het DCFR ziet op de harmonisatie van het Europees privaatrecht terwijl dit onderzoek gericht is op de trust binnen het Koninkrijk.

5 Voor een uiteenzetting van de UBO-wetgeving ten aanzien van de trust zie: K.R. Filesia & D.F.M.M. Zaman, 'Het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies (I)', *WPNR* 2020/7295, p. 625-632; K.R. Filesia & D.F.M.M. Zaman, 'Het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies (II, slot)', *WPNR* 2020/7296, p. 646-656.

6 Zie hiervoor hoofdstuk 5 en de aldaar aangehaalde literatuur.

7 M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997.

8 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004. Zie ook: J.M. Milo & J.M. Smits, *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

9 W. Loof, *Of Trustees and Beneficial Owners: An inquiry into the proprietary aspects of trusts and trust-like devices from a European Private Law perspective*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2016.

10 F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss. Utrecht), Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële uitgevers 2000; J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting: een kwalificatiemodel, knelpuntenanalyse en oplossingsrichting voor de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts in de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011; G.D.L.M. Gilissen, *De express private*

over de trust in het Nederlandse civiele recht, wordt in dit onderzoek een oplossingsgerichte benadering gekozen waarbij eerst de Curaçaose trustwet uitvoerig wordt geanalyseerd en vervolgens aan de hand hiervan concrete oplossingen worden aangedragen ter verbetering van de Curaçaose trustwetgeving. Met deze verbeterde versie van de Curaçaose trustwetgeving worden concrete voorstellen gedaan voor de invoering van de trust in het Nederlandse civiele recht.

Ondanks het feit dat de trust in 2012 op Curaçao is ingevoerd en op het Anglo-Amerikaanse recht is gebaseerd[11], ontbreekt thans een gedegen uitwerking van de wijze waarop de Curaçaose trust dient te worden toegepast. Vanwege het feit dat de huidige memorie van toelichting op de Curaçaose trustwetgeving weinig houvast biedt, er tekortkomingen in de huidige Curaçaose trustwetgeving zijn en er tot heden geen handleiding is met betrekking tot de toepassing van de trust in het Curaçaose recht, kunnen de rechtstoepasser en de betrokkenen bij de trustrelatie voor onaangename verrassingen komen te staan met alle negatieve gevolgen van dien. Teneinde duidelijkheid te verschaffen over de werking van de trust in het Curaçaose recht en de huidige leemten in de wet op te vullen, dient dit onderzoek als een handleiding voor de rechtstoepasser en de uitvoeringspraktijk.

Voor wat betreft de trust in het Nederlandse civiele recht kan de Nederlandse wetgever dit onderzoek en de bevindingen hierin zien als een inventarisatie van de problemen die bij de inpassing van de trust kunnen rijzen waaruit Nederland lering kan trekken, rekening houdend met de eigenheid van het Nederlandse privaatrecht.

4 Methodologie

Gelet op het feit dat de trust afkomstig is uit het Anglo-Amerikaanse recht en het een gecompliceerd onderwerp betreft, is in casu allereerst gekozen voor het verrichten van een rechtsvergelijkend onderzoek naar het Anglo-Amerikaanse recht, waarbij de trust op grond van de functionele methode van rechtsvergelijking wordt uitgelegd.[12] Hierbij wordt niet gekeken naar de

trust, Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen, (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

11 Zie bijvoorbeeld: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2.

12 Zie in dit kader ook: J. Bell, 'Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law', in: M. Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research: What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 164 e.v.; J. Husa, 'Comparative Law, Legal Linguistics and Methodology of Legal Doctrine', in: M. Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research: What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 209-228; B. Pozzo, 'Comparative law and language', in: M. Bussani & U. Mattei (red.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 88 e.v.; K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford

dogmatische interpretatie van de termen die gehanteerd worden in het Anglo-Amerikaanse recht ten aanzien van de trust, doch wordt bezien welke betekenis aan deze termen in een bepaalde context wordt toegekend. Voor de uiteenzetting van de trust naar Curaçaos recht en de eventuele invoering hiervan naar Nederlands recht wordt dezelfde functionele methode toegepast.

Voor wat betreft de gebruikte onderzoeksbronnen, wordt in het eerste deel van het onderzoek de trust naar Anglo-Amerikaans recht geanalyseerd door middel van bestudering van Anglo-Amerikaanse wet- en regelgeving, jurisprudentie en rechtsliteratuur. In het tweede en derde gedeelte van het onderzoek waarbij de Curaçaose trustwetgeving onder de loep wordt genomen en de invoering van de trust in het Nederlandse recht wordt onderzocht, wordt gebruik gemaakt van de Nederlandse en Curaçaose wet- en regelgeving, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en rechtsliteratuur.

5 TERMINOLOGIE

Voor een goed begrip van de trust en de werking hiervan is allereerst geopteerd om in dit onderzoek enkel het Engelse recht als uitgangspunt te nemen. De reden hiervoor is dat – hoewel nagenoeg ieder land met een 'common law' rechtsstelsel de trustfiguur kent – de trust zijn oorsprong vindt in het Engelse recht en dit vormt derhalve de basis voor het trustrecht in andere 'common law' landen.[13] Het Engelse recht zal in dit onderzoek echter met de term 'Anglo-Amerikaans recht' worden aangeduid. Hieraan ligt ten grondslag het gegeven dat – zoals in het vorenstaande reeds is gemeld – de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk de internationale financiële centra domineren. Daarnaast wordt de trust in de Nederlandse rechtsliteratuur veelvuldig aangeduid als de 'Anglo-Amerikaanse trust'.[14]

University Press 1998, p. 33-47; A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 61-88. Zie ook: M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 10-12; M. Graziadei, U. Mattei & L. Smith, 'A short note on terminology', in: M. Graziadei, U. Mattei & L. Smith (red.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 45-55.

13 Vgl. ook: M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 5-8; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 7-8.

14 Zie bijvoorbeeld: G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2022, nr. 328; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 563; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 708.

Ten tweede worden in dit onderzoek – tenzij anders is aangegeven – Engelse termen die in het Engelse (trust)recht worden gehanteerd, vermeden ter voorkoming van verwarring en verkeerde interpretatie hiervan in het Curaçaose en het Nederlandse recht. Een uitzondering hierop vormen de termen die in het Engelse recht worden gebezigd waarbij de hantering van een functionele term zou leiden tot de teloorgang van de bijzondere betekenis of termen die afwisselend in het Engels en in het Nederlands worden gehanteerd vanwege hun unieke betekenis en herkenbaarheid. Men denke hierbij onder andere aan de termen 'power', 'declaration of trust', 'remedies' en 'breach of trust'.

Tot slot zal in het kader van de beschrijving van de trust de term 'eigendom' veelvuldig worden gehanteerd. De term 'eigendom' heeft in casu een bredere betekenis dan hetgeen is bepaald in art. 5:1 BWC/BW en verwijst – tenzij anders is aangegeven – naar zowel eigendom van zaken als bedoeld in art. 5:1 BWC/BW, als de gerechtigdheid tot vermogensrechten als bedoeld in art. 3:6 BWC/BW.

6 Plan van behandeling

Dit onderzoek bestaat uit drie delen. In het eerste deel worden, voor een goed begrip van de trust naar Anglo-Amerikaans recht, in hoofdstuk 2 kort de geschiedenis van de trustfiguur, de werking van deze figuur en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen in het huidige Anglo-Amerikaanse recht – in het bijzonder voor de 'express' trust – op functionele wijze uiteengezet. Tevens wordt een uiteenzetting gegeven van de rechtsfiguur 'powers', waarvan in het Anglo-Amerikaanse trustrecht veelvuldig gebruik wordt gemaakt in combinatie met de trust.

Het tweede deel heeft betrekking op het Curaçaose trustrecht. Ter beantwoording van de vraag of de Curaçaose trustwetgeving zoals nu is vormgegeven, als model voor het Nederlandse civiele recht kan dienen, wordt in hoofdstuk 3 allereerst een kort exposé gegeven van de staatkundige structuur binnen het Koninkrijk, het Curaçaose BW en de ontwikkeling van het trustrecht op Curaçao. Vervolgens worden de werking van de Curaçaose trust, de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen en een aantal problemen die zich voordoen in het Curaçaose trustrecht, besproken.

In hoofdstuk 4 worden de gesignaleerde problemen opnieuw behandeld en wordt er ingegaan op de discussie omtrent de Curaçaose trust die zich heeft afgespeeld in de rechtsliteratuur. Daarnaast wordt een aantal oplossingen aangedragen ter verbetering van de Curaçaose trustwetgeving.

Het derde deel van het onderzoek staat in het teken van het Nederlandse recht. In hoofdstuk 5 wordt het huidige Nederlandse rechtsklimaat onderzocht en wordt er gekeken in hoeverre en op welke wijze een Nederlandse trustwetgeving kan worden ingevoerd. Ook wordt nagegaan of het Curaçaose trust-

model, aan de hand van de voorgestelde oplossingen in hoofdstuk 4, als voorbeeld voor het Nederlandse recht kan fungeren.

Ten slotte wordt in hoofdstuk 6 door middel van een conclusie een antwoord gegeven op de hoofdvraag in het onderzoek en wordt er een aanbeveling gedaan inzake de invoering van een trust naar Nederlands recht.

Deel I

Het Anglo-Amerikaanse trustrecht

2 De trust naar Anglo-Amerikaans recht[1]

1 INLEIDING

De Anglo-Amerikaanse trust is een eeuwenoude juridische figuur die op het vertrouwen in een persoon berust en is thans één van de meest gebruikte rechtsfiguren in landen met een 'common law'[2] jurisdictie.[3] Deze behelst een bijzondere rechtsbetrekking waarbij de zogenoemde 'trustor' ofwel de 'settlor', één of meer goederen onder trustverband plaatst die de trustee, als volledige rechthebbende, beheert ten behoeve van één of meer begunstigden, ofwel beneficiaries. Ondanks de populariteit van de Anglo-Amerikaanse trust in 'common law' rechtssystemen, wordt deze in het continentale recht beschouwd als een buitenbeentje. Voor veel 'civil law'[4] juristen is het Anglo-Amerikaanse

---

1 In dit onderzoek wordt enkel een uiteenzetting gegeven van de trust naar Engels recht, gelet op het feit dat de trust naar Amerikaans recht zijn oorsprong vindt in de Engelse 'common law'. Voor de historie en uiteenzetting van het Anglo-Amerikaanse (privaat)recht zie o.a.: F.W. Maitland e.a., *Select essays in Anglo-American legal history* (Association of American Law School), Boston: Little, Brown and Company 1907; T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company 1956; H.M. Cam, *Selected Historical Essays of Frederic William Maitland*, Boston: Beacon Press 1957, p. 122-134; A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986; J.H. Baker, *Collected papers on English Legal History*, Cambridge: Cambridge University Press 2013; D. Ibbetson, N. Jones & N. Ramsay, *English Legal History and its Sources: Essays in Honour of Sir John Baker*, Cambridge: Cambridge University Press 2019; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 1-92.

2 De term 'common law' heeft diverse betekenissen. In deze context verwijst het begrip 'common law' naar het rechtssysteem dat is ontstaan en ontwikkeld in de vroege middeleeuwen in Engeland. Voor een uitvoerige bespreking van de term 'common law' en de achtergrond hiervan zie: R. Pound, *The History and System of the Common Law*, New York: P.F. Collier & Son Corporation 1939, p. 22-83; J. Bell, 'Sources of law', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nrs. 1.21-1.24; J. Martin, *The English legal system*, London: Hodder Education Group 2016, nrs. 2.1-2.2; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 26-29.

3 Voor een uiteenzetting van de samenhang tussen en de ontwikkeling van de termen 'vertrouwen' en 'trust' zie: M. Lupoi, 'Trust and confidence', *Law Quarterly Review* 2009/125, p. 258-261.

4 In casu wordt met de term 'civil law' bedoeld het in continentaal Europa ontwikkelde rechtssysteem dat zijn wortels heeft in het Romeinse recht en zich kenmerkt door de codificatie van vastgestelde rechtsregels. Voor een uiteenzetting van het onderscheid tussen 'civil law' en 'common law' zie: J. Dainow, 'The Civil Law and the Common Law: Some

trustrecht een complexe materie die de nodige inspanning vereist om te doorgronden.

Met het oog op een goed begrip van de Anglo-Amerikaanse trust zal in het navolgende de geschiedenis en vervolgens de werking van de trustfiguur naar Anglo-Amerikaans recht onder de loep worden genomen.

2 De geschiedenis van de trust in het Anglo-Amerikaanse recht

2.1 Het Engelse feodale systeem

Het fundament van de Anglo-Amerikaanse trust werd gelegd met de ontwikkeling van het oude Engelse onroerend-goed recht dat op zijn beurt was voortgekomen uit het Middeleeuwse leenrecht.[5]

Als gevolg van de verovering van de Engelse troon door de continentale (Franse) heerser, Hertog Willem van Normandië ofwel Willem de Veroveraar, werd in 1066 vanuit het West-Europese continent het leenrecht in Engeland geïmporteerd.[6] Dit leenrecht werd in Engeland al in de middeleeuwen goeddeels ontkracht, omdat in 1200 bij wet was bepaald dat een leenman ofwel een 'tenant', bevoegd was om zonder de toestemming van zijn leenheer over zijn gebruiksrecht te beschikken.[7] Daarin werd evenwel een uitzondering gemaakt voor de testamentaire verkrijging: het was de leenman niet toegestaan om bij uiterste wilsbeschikking over zijn gebruiksrecht van de grond te beschikken.[8] In een poging deze beperking in de beschikkingsbevoegdheid van de

---

Points of Comparison', *American Journal of Comparative Law* 1967/15, p. 419-435; P.G. Stein, 'Roman law, Common law and Civil law', *Tulane Law Review* 1992/66, p. 1594-1602; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 26-29.

5 T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company 1956, p. 575-576; A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 173 e.v.; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 8. Zie ook: W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 33-43 en p. 120 e.v.

6 H.M. Cam, *Selected Historical Essays of Frederic William Maitland*, Boston: Beacon Press 1957, p. 101 e.v.; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10-11; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 27 e.v.

7 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 13-14; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 120-121.

8 F. Pollock & F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (Volume II), Cambridge: Cambridge University Press 1898, p. 230-231; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10-11; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 122 e.v.

leenman weg te nemen, werd de constructie die in het Anglo-Amerikaanse recht bekend stond als de 'feoffment to uses', destijds toegepast.[9/10]

2.2 De feoffment to 'uses'

In het Engelse onroerend-goed recht werd de feoffment to 'uses' getypeerd door een constructie die wij thans zouden beschouwen als een fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van beheer.[11] Deze fungeerde de facto als een testamentaire beschikking, waarbij de erflater, ook wel de feoffor to 'uses'[12], zijn gebruiksrecht bij leven overdroeg aan een vriend, de feoffee to 'uses'[13], ten behoeve van een derde, de cestui que 'use'[14].[15] Deze cestui que 'use' was in werkelijkheid de legataris van de feoffor to 'uses'. Ter uitvoering van de feoffment to 'uses', was het gebruikelijk dat de feoffor to 'uses' een regeling trof met de feoffee to 'uses' ter zake van het opleggen van verplichtingen en het stellen van voorwaarden.[16] De feoffee to 'uses' had slechts een verplichting van morele aard jegens de cestui que 'use' tot eigendomsoverdracht na het

9 F. Pollock & F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (Volume II), Cambridge: Cambridge University Press 1898, p. 230-232; F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 23 e.v.; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10-11; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 123.

10 Daarnaast worden eveneens de diverse kruistochten in de vroege middeleeuwen, waarbij landeigenaren hun land niet onbeheerd wilden achterlaten, als verklaring gegeven voor de opkomst en ontwikkeling van de feoffment to 'uses'. Zie hiervoor: F. Pollock & F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (Volume II), Cambridge: Cambridge University Press 1898, p. 231; T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company 1956, p. 576-577; A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 174-175; P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 12; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 8.

11 Vgl. J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10-14.

12 De feoffer to 'uses' was de insteller van de feoffment to 'uses', de 'trustor' of de 'settlor' in het huidige trustrecht.

13 De feoffee to 'uses' was de beheerder van de feoffment to 'uses', de trustee in het huidige trustrecht.

14 De cestui que 'use' was de begunstigde in de constructie van de feoffment to 'uses', de 'beneficiary' in het huidige trustrecht.

15 F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 23-28; T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company 1956, p. 576-584; A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 173-177; P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 12-13.

16 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10-14.

overlijden van de feoffor to 'uses'.[17] Van een verplichting naar 'common law', een juridische verplichting, was evenwel geen sprake.[18]

2.3 De Court of 'Common law' en de Court of 'Chancery'[19]

Door het bijzondere ontwikkelingsproces van het Anglo-Amerikaanse recht ontstond in de late Middeleeuwen in Engeland een duaal rechtssysteem met een geheel aan eigen rechtsbronnen. Dit rechtsstelsel omvatte enerzijds het gewoonterecht van Engeland, de 'common law', dat in de 'common law' courts' werd gehanteerd en een restrictieve interpretatie kende.[20] Anderzijds was er sprake van het recht van 'equity', dat zijn oorsprong vond in de rede en dat van toepassing was in de 'Court of Chancery'. Indien de 'common law' geen uitsluitsel bood of leidde tot een onbillijk resultaat, werd de leemte in de wet aangevuld en gecorrigeerd door het recht van 'equity'.[21]

In beginsel kreeg de feoffee to 'uses' als volledige eigenaar een 'legal title', een recht naar 'common law'.[22] Hierdoor waren de aan hem opgelegde ver-

17 F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 26-27.

18 A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 175; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 8.

19 Voor een uitgebreide uitleg van de 'common law' en 'equity' zie F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 12-22; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 3-36; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 3-22; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 1-8; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 3-20. Zie ook: W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 43 e.v.

20 F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 2; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 3-4; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 3; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 6-7; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 5.

21 F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 1-6; T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company 1956, p. 675 e.v.; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 3-6; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 3-8; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 5-10; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 4-8.

22 J.H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England Volume VI: 1483-1558*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 655-656; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 8-9; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10-12. Zie ook: W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 123-126.

plichtingen ten behoeve van de cestui que 'use' niet 'at law' afdwingbaar in een Court of 'Common Law'. De cestui que 'use' was echter niet zonder rechtsingang: krachtens het recht van 'equity' werd de leemte in de 'common law' aangevuld en bood het de cestui que 'use' de mogelijkheid de nakoming van de morele verplichtingen te vorderen in een Court of Chancery.[23] Dientengevolge kreeg de cestui que 'use', de zogenaamde 'equitable title' ofwel 'beneficial title', een recht naar 'equity' dat omvangrijk is, doch – vanwege het gehanteerde begrippenapparaat in de 'common law' dat verschilt van dat van de continentale rechtsstelsels – niet eenvoudig te vertalen is naar een in het continentale recht vergelijkbaar recht.

2.4 Van de feoffment to 'uses' naar de trust

Door een aantal historische ontwikkelingen[24] in het Anglo-Amerikaanse recht heeft de Engelse koning in 1536 bij wet getracht een einde te maken aan de 'feoffment to uses'.[25] Desondanks heeft de poging van de koning aan de verdere ontwikkeling van de figuur trust niet in de weg gestaan: door uitzonderingen toe te passen kon de wet eenvoudig worden omzeild.[26] Als gevolg

23 F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 28-34; A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 8-9; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 10-12.

24 Voor een uiteenzetting van deze ontwikkelingen zie: K.E. Digby, *Introduction to the History of the Law of Real Property with Original Authorities*, Oxford: Clarendon Press 1897, p. 344-376; T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company 1956, p. 583-587; A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 182-188; D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 1995, p. 191-197; J.H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England Volume VI: 1483-1558*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 672-679; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 9-10; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 13-14. Zie ook: W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 293-296; W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 128-129.

25 A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 188 e.v.; D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 1995, p. 191-192.

26 A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 194-199; N.G. Jones, 'The Use upon a Use in Equity revisited', *The Cambrian Law Review* 2002/33, p. 67-80; D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 1995, p. 192-194. Zie ook: W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Bju 2006, p. 293 e.v.

van de leemtes in de wet keerde de oorspronkelijke 'feoffment to uses' in het Anglo-Amerikaanse recht terug onder een andere naam: de trust.[27]

3 De trust naar huidig Anglo-Amerikaans privaatrecht

3.1 De definitie van de trust

De huidige Anglo-Amerikaanse trust is, zoals reeds is aangegeven, een historische creatie binnen het systeem van het Anglo-Amerikaanse privaatrecht en wordt door sommigen zelfs bestempeld als de meest bijzondere en onderscheidende prestatie van het Anglo-Amerikaanse recht.[28] Toch is het vinden van een concrete definitie van de trust voor zowel 'common law' als 'civil law' juristen lastig. Naar Anglo-Amerikaans recht is een exacte begripsomschrijving ook niet te geven, gezien het feit dat de trust diverse variaties kent en er onderling grote verschillen kunnen zijn.[29]
De trust kan mijns inziens het beste als volgt worden omschreven:

1. Een goederenrechtelijk verband als gevolg waarvan van rechtswege een fiduciaire rechtsverhouding ontstaat op grond van:
   a. één of meer wettelijke regelingen;
   b. een rechtshandeling door de 'trustor' of 'settlor';

---

27 A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 199-207; D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 1995, p. 194; J.H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England Volume VI: 1483-1558*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 683-686; P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 13-14; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 10-11; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 13-14.

28 Maitland zegt het volgende: "This [the development of the trust] perhaps forms the most distinctive achievement of English lawyers. It seems to us almost essential to civilization and yet there is nothing quite like it in foreign law." Zie hiervoor: F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 23. Zie ook: J.H. Merryman, 'Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)', *Tulane Law Review* 1974/48, p. 916-917.

29 F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 43-5; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 11-12; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 1-2; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 38-39; P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 24-27; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 1-001 t/m 1-005; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 40-43. Zie ook: D.J. Hayton, 'Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 3.

   c. de bevoegdheid van de rechter; of
   d. het afleiden van bepaalde specifieke gedragingen;
2. waarbij de eigendom van één of meer goederen, het zogenoemde 'trustfund';
3. aan de trustee wordt toevertrouwd en door hem wordt beheerd;
4. ten bate van de beneficiary ofwel de begunstigde of voor een bepaald doel; en
5. de beneficiary of de persoon die belast is met de handhaving van de trust, rechten kan uitoefenen en remedies heeft jegens de trustee of een derde met betrekking tot het 'trustfund'.

3.2 'Dual ownership', 'legal' interest en 'equitable' interest

Zoals eerder vermeld, was er als resultaat van een historische ontwikkeling in het Anglo-Amerikaanse recht, een splitsing in het rechtssysteem. Er werd een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de regels van 'common law' en anderzijds het recht van 'equity'. Sinds 1873 zijn de procesrechtelijke regels van 'common law' en 'equity' samengevoegd en is van een institutionele scheiding formeel gezien geen sprake meer.[30] Op materieelrechtelijk niveau heeft er tussen beide systemen – in tegenstelling tot het voorgaande – tot heden geen fusie plaatsgevonden. Voor de 'common law' jurist is de materieelrechtelijke scheiding in het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem echter nog steeds van wezenlijk belang, gelet op het feit dat er nog steeds een verschil bestaat tussen rechten en remedies die enerzijds aan 'equity' en anderzijds aan 'common law' zijn ontleend.[31]

De grondslag van de werking van de Anglo-Amerikaanse trust is gelegen in hetgeen wordt aangeduid als de 'dual ownership', en de daaruit voortvloeiende 'legal interest' en de 'equitable' interest. Het woord 'dual ownership' in het Anglo-Amerikaanse recht doet, met name bij de continentale jurist, de suggestie wekken dat er sprake is van een splitsing in het eigendomsrecht[32] van de trustgoederen, waarbij de 'legal interest' van de goederen – het exclusieve beschikkingsrecht ofwel de formele beschikkingsmacht – door de trustee wordt verkregen en de 'equitable interest' – een samenstel oftewel bundel van

30 J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 13-15; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 5 en p. 8-10; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 10-12.

31 P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 52-53; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 20-23; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 11-15.

32 In casu heeft het woord 'eigendomsrecht' – anders dan het bepaalde in art. 5:2 BW – een ruime betekenis.

rechten – wordt toegekend aan de beneficiary. Deze suggestie heeft geleid tot een eigen interpretatie van de term 'dual ownership' in het continentale recht, waarbij wordt betoogd dat een splitsing in het eigendomsrecht strijdig zou zijn met het absolute en ondeelbare karakter van het concept van eigendom in continentale rechtssystemen.[33]

Menig continentale jurist heeft echter – niet onbegrijpelijk[34] – de gehanteerde terminologie binnen het Anglo-Amerikaanse goederenrecht iets al te letterlijk en vanuit het continentale oogpunt opgevat, zonder daarbij rekening te houden met de juiste interpretatie van de termen in het Anglo-Amerikaanse recht.[35] Daarnaast wordt vaak de historische achtergrond van het ontstaan en de ontwikkeling van de Anglo-Amerikaanse trust in het Engelse dualistische rechtssysteem als uitgangspunt gehanteerd, teneinde de werking van de moderne trust uiteen te zetten. Een historische verklaring leidt mijns inziens echter tot verwarring en dient niet te worden gebruikt om de werking van de trust uit te leggen; een historische verklaring is enkel van belang om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop de trust in het systeem van equity is ontstaan

33 Zie de in dit kader door Gretton gegeven voorbeelden in: G.L. Gretton, Trusts without Equity', *International and Comparative Law Quarterly* 2000/49, p. 600-601, A.M. Honoré, 'Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 8 (voetnoot 8) en de aldaar aangehaalde literatuur. Zie ook: W. Swadling, 'Trusts and Ownership: A Common Law Perspective', *European Review of Private Law* 2016/6, p. 961-963. Zie voor een uiteenzetting van het begrip 'ownership' zowel in het continentale recht als in de 'common law': M. Graziadei, 'The Structure of Property Ownership and the Common Law/Civil Law Divide', in: M. Graziadei & L.D. Smith, *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 71-99.

34 Het is mijns inziens niet vreemd dat de continentale jurist de in het Anglo-Amerikaanse trustrecht gebezigde termen anders dan een 'common law' jurist interpreteert. Zonder diepgaande kennis van het Anglo-Amerikaanse trustrecht en de juiste context waarin begrippen worden gebruikt, is het haast onmogelijk om een goed begrip te krijgen van de kern van de trust. Maitland heeft het belang van het gebruik van taal en begrip hieromtrent als volgt uitgedrukt: "Language is there used about one person being the owner at law while another is the owner in equity in which there is no harm, provided it be properly understood; but it does not explain itself and is liable to lead to serious mistakes, not merely to unsound theories but to practical blunders." Zie hiervoor: F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947, p. 106.

35 Vgl. D.W.M. Waters, 'The Nature of the Trust Beneficiary's Interest', *The Canadian Bar Review* 1967/45, p. 223-224; L.D. Smith, 'Trust and Patrimony', *Revue Générale de Droit* 2008/38, p. 391-393; P. Matthews, 'From Obligation to Property, And Back Again?', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 206-207 en p. 210-211; A.M. Honoré, 'On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions', *Oxford Legal Studies Research Paper* 2008/27, p. 13; W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 4.131; W. Swadling, 'Trusts and Ownership: A Common Law Perspective', *European Review of Private Law* 2016/6, p. 951-972; A. Popovici, 'Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?', *European Review of Private Law* 2016/6, 930-931; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 47-48.

en ontwikkeld en voor de beantwoording van de vraag waarom precies het recht van equity van toepassing is op de trust.[36/37]

De basis van de Anglo-Amerikaanse trust behelst – anders dan veelvuldig in het continentale recht wordt beweerd – *geen* splitsing van het eigendomsrecht.[38] 'Dual ownership' verwijst in het Anglo-Amerikaanse recht naar de wijze waarop een bepaalde rechtsverhouding wordt omschreven en om de rechten (en verplichtingen) die uit de desbetreffende rechtsverhouding voortvloeien, aan te duiden.[39] Hierdoor heeft het Anglo-Amerikaanse recht – in tegenstelling tot het continentale recht – een zeer ruime definitie en toepassing van het eigendomsrecht. Een nauwkeurige vertaling van dit begrip is dan naar mijn mening ook haast onmogelijk.

De termen 'legal interest' en 'equitable interest' hebben in het Anglo-Amerikaanse trustrecht betrekking op de fiduciaire rechtsverhouding die gecreëerd wordt tussen de trustee en de beneficiary.[40] De 'legal interest' houdt verband met de 'legal title' en ziet op de formele beschikkingsmacht om

---

36 Zie ook: G.L. Gretton, 'Trusts without Equity', *International and Comparative Law Quarterly* 2000/49, p. 601; M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 12-13; A.M. Honoré, 'Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 9; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 18-20; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 5; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 7; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 1-011. Vgl. ook: K.G.C. Reid, 'Patrymony not Equity: the Trust in Scotland', in: J.M. Milo & J.M. Smits, *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 19.

37 Gretton vermeldt dat "the trust presupposes neither equity nor divided ownership". Zie hiervoor: G.L. Gretton, 'Trusts without Equity', *International and Comparative Law Quarterly* 2000/49, p. 601.

38 A.M. Honoré, Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 9; L.D. Smith, 'Trust and Patrimony', *Revue Générale de Droit* 2008/38, p. 381 en p. 390-393; B. McFarlane & R. Stevens, 'The Nature of Equitable Property', *Journal of Equity* 2010/4, p. 14-15; W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 4.149; Y.C. Wu, 'East-Asian Trusts at the Crossroads', *National Taiwan University Law Review* 2015/10, p. 97-98; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 47-48.

39 Vgl. W. Swadling, 'Trusts and Ownership: A Common Law Perspective', *European Review of Private Law* 2016/6, p. 958-961; L.D. Smith, 'Trust and Patrimony', *Revue Générale de Droit* 2008/38, p. 390-393.

40 A.M. Honoré, Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 10-11; R. Nolan, 'Understanding the limits of equitable property', *Journal of Equity* 2006/1, p. 19; L.D. Smith, 'Trust and Patrimony', *Revue Générale de Droit* 2008/38, p. 381 en p. 390-393; B. McFarlane & R. Stevens, 'The Nature of Equitable Property', *Journal of Equity* 2010/4; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 12; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 21-22. Vgl. ook: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 265-267.

handelingen te verrichten die toekomen aan een volle eigenaar.[41] De 'equitable interest' refereert aan de 'equitable title' en beschrijft het recht van de beneficiary binnen het trustrecht om de trustee, de volle eigenaar, te verplichten de rechten die hij heeft verkregen teneinde het trustfonds te beheren, overeenkomstig de taken c.q. verplichtingen die voortvloeien uit het trustrecht en de voorwaarden van de trustakte, uit te oefenen.[42] Kortom: de trustee beschikt over de 'legal interest', terwijl de beneficiary de 'equitable interest' heeft.

3.3 De belangrijkste trustcategorieën

Een trust kan op diverse wijzen tot stand komen en onderverdeeld worden in verschillende categorieën. Een algemeen aanvaarde classificatie van de trust is er tot heden in het Anglo-Amerikaanse trustrecht evenwel niet.[43] Vanwege de variatie in classificatie van trusts, kan een bepaalde trust de facto onder meer dan één categorie vallen.[44] De thans meest voorkomende categorieën kunnen worden onderscheiden op basis van:

- De ontstaanswijze;
- Het doel dat met de creatie van de trust wordt nagestreefd;
- De omstandigheden waaronder een trust tot stand komt.[45]

---

41 G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 11-12; W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 4.150; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 12; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 21-22.

42 G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 11-12; W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 4.150; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 12; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 21-22.

43 Zie in het kader van de discussie ten aanzien van de classificatie van trusts in het Anglo-Amerikaanse recht: N. McBride, 'On the classification of trusts', in: P. Birks & F.D. Rose, *Restitution and Equity*, Mansfield Press 2000, p. 23-38.

44 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 29; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 54 e.v; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 19.

45 Zie o.a.: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 641 e.v.; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 1-028 t/m 1-035; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 54-60; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 28-36; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 15-17; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 55-61; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 86-92; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 19-21; D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil*

In het onderstaande worden de trustcategorieën aan de hand van de meest gehanteerde indeling in het Anglo-Amerikaanse recht, uiteengezet.

3.3.1 De 'express' trust

De expliciete, dan wel de impliciete wilsverklaring van de settlor vormt de basis voor de 'express' trust. Deze trust komt tot stand door een daartoe strekkende handeling van de settlor, mits aan alle door de wet gestelde vereisten wordt voldaan.[46]

'Express' trusts kunnen zowel betrekking hebben op het algemeen nut als in het leven worden geroepen ten behoeve van een niet-charitatief doel, een aantal specifieke personen of een bepaalde categorie personen.[47] In het eerste geval is er sprake van een 'public' trust ofwel een 'charitable' trust. In het laatste geval kan er gesproken worden van een 'private express' trust.

3.3.2 De 'resulting' trust

De term 'resulting trusts' ziet op alle trusts die van rechtswege in het leven worden geroepen als gevolg van een veronderstelde – doch weerlegbare – intentie van de settlor.[48] De 'resulting' trust kent twee varianten.[49] De eerste variant van de 'resulting' trust komt tot stand wanneer er geschillen ontstaan over de bedoeling van een overdracht van een goed en de daarbij verkregen

---

and Common Law, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 1995, p. 210-214.

46 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 8-002; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 641; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 29; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 53-55; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 85-86; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 19.

47 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 644; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 31; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 24.

48 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 8-001-8-002; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 743-744; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 361-362. Zie ook: W. Swadling, ' Explaining Resulting Trusts', *Law Quarterly Review* 2008/124, p. 72-102.

49 Zie echter: P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 57.

rechten.[50] Daarnaast vallen onder deze variant naar ik meen tevens bepaalde gevallen waarop in het continentale recht het leerstuk van de onverschuldigde betaling wordt toegepast.[51] De andere variant van de 'resulting' trust behelst de situatie waarin de settlor de intentie heeft om een 'express' trust te creëren, doch hij heeft daarbij niet alle door de wet gestelde vereisten in acht genomen.[52] In die situaties is er sprake van een incomplete 'express' trust.

3.3.3 De 'constructive' trust

De 'constructive' trust wordt in het Anglo-Amerikaanse recht omschreven als een verzamelnaam voor trusts die – onafhankelijk van de intentie van een persoon – van rechtswege ontstaan, waarbij de goede trouw oftewel de '*good conscience*' van de rechthebbende of bezitter van een goed, een beslissende rol speelt.[53]

De 'constructive' trust kent vele varianten en wordt in uiteenlopende omstandigheden opgelegd, waardoor de uitdrukking 'constructive' trust in

50 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 745-748; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 234-244; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 365-366 en p. 368-374; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 239-255; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 289-290; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 19-20 en p. 751-760.

51 Men denke bijvoorbeeld aan gevallen waarin een persoon om niet een goed heeft overdragen, zonder dat er een rechtsgrond daarvoor bestaat. In dat geval ontstaat er een 'resulting' trust en houdt de verkrijger het goed, totdat het terugkeert naar de oorspronkelijke rechthebbende. Zie bijvoorbeeld: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 232-234; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 744-745 en p. 751; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 366-368; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 238-239; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 25; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 289-290.

52 Zie bijvoorbeeld section 53 van de Law of Property Act 1925. Zie ook: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 244-255; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 753-755; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 387-401; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 239-255; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 734-748.

53 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 8-002 en 8-010; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 762; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 271-272; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 25; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 325 en p. 327; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 715; Zie ook: *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669, p. 705.

verschillende contexten wordt gebruikt en diverse betekenissen heeft.[54] De scala aan situaties waarin er sprake kan zijn van een 'constructive' trust, maakt het in het Anglo-Amerikaanse recht lastig om alle varianten onder één gemeenschappelijke noemer te scharren en een algehele en concrete definitie van de 'constructive' trust te geven. Voorts zijn er geen limitatieve gronden voor de oplegging van een 'constructive' trust en bestaat er thans een open stelsel van 'constructive' trusts.[55] Het Anglo-Amerikaanse recht heeft met een vage omschrijving de mogelijkheid voor de Anglo-Amerikaanse rechter willen creëren om de term 'constructive' trust in nieuwe situaties in de toekomst toe te passen.

Het soms ongelukkige en vage taalgebruik dat het Anglo-Amerikaanse recht bezigt om de 'constructive' trust uiteen te zetten, geeft naar mijn mening ten onrechte de indruk dat er in alle gevallen waarin de 'constructive' trust voorkomt, daadwerkelijk een 'echte' trust tot stand komt. Dit is echter niet helemaal juist. Het gebruik van de term 'constructive trust kan mijns inziens in het continentale recht het beste worden geïnterpreteerd als toegekende rechten en/of rechtsvorderingen in kwesties voortvloeiende uit onder andere een onrechtmatige daad, zaakwaarneming, of een ongerechtvaardigde verrijking[56].[57] Daarnaast kan de 'constructive trust' bijvoorbeeld betrekking hebben

54 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 8-010 en 8-015; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 761-762; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 431-432; Y.K. Liew, *Rationalising Constructive Trusts*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 1 en p. 10; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 709-710 en p. 765-766.

55 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 8-015; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 762; Y.K. Liew, *Rationalising Constructive Trusts*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 1; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 10-017; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 242-243.

56 De toepassing van de constructive trust in gevallen van een ongerechtvaardigde verrijking is omstreden. Voor de discussie over de vraag of een beroep op de ongerechtvaardigde verrijking goederenrechtelijk effect dient te hebben, zie: P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 326; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 614-621; C. Mitchell, P. Mitchell & S. Watterson, *Goff and Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016, nrs. 37-07 t/m 37-26; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 759-764; L. Smith, 'Philosophical Foundations of Proprietary Remedies', in: R. Chambers, C. Mitchell & J. Penner (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 281-305; T. Etherton, 'Constructive Trusts: A New Model for Equity and Unjust Enrichment', *Cambridge Law Journal* 2008/67, p. 265-287; P. Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 302. Daarnaast betogen Birks, Chambers & Liew dat de resulting trust geschikter is voor de aansprakelijkheid op grond van een ongerechtvaardigde verrijking dan een 'constructive' trust. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan 'mistaken payments'. Zie in dit kader: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 643, p. 744 en de aldaar aangehaalde literatuur; Y.K. Liew, *Rationalising Constructive Trusts*, Oxford:

op situaties waarin het recht van revindicatie wordt toegekend of goederenrechtelijke bescherming bij de overdracht van een goed aan een contractspartij wordt geboden.

Het begrip 'constructive' trust wordt in het Anglo-Amerikaanse recht in de meeste gevallen gebezigd om aan te duiden dat het handelen van een verkrijger van (het bezit van) een goed naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, vanwege het feit dat hij wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gerechtvaardigde belangen van personen die een recht c.q. belang in een goed hebben, heeft geschaad.[58] In casu wordt het woord 'constructive' trust in de metaforische zin gebruikt ter vaststelling van persoonlijke[59] aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad of een ongerechtvaardigde verrijking, dan wel ter toekenning van een goederenrechtelijke opvorderingsactie, ofwel een goederenrechtelijk terugvorderingsrecht. De benaming 'constructive' trust kan derhalve misleidend zijn. Is een recht c.q. remedie toegekend, dan dient de huidige rechthebbende of bezitter – behoudens de toepassing van derdebeschermingsregelingen – de schade die de belanghebbenden hebben geleden te vergoeden, dan wel het goed dat hij

Hart Publishing 2020, p. 11 en p. 340-341; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 362 en p. 401-410; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 748-749.

57 Zie in dit kader ook: W. Swadling, 'The Fiction of the Constructive Trust', *Current Legal Problems* 2011/64, p. 399-433; Y.C. Wu, 'Constructive trusts in the civil law tradition', *Journal of Equity* 2018/12, p. 319-343. Vgl. ook: E. Bant & M. Bryan, 'Constructive trusts and equitable proprietary relief: Rethinking the essentials', *Journal of Equity* 2011/5, p. 171-198; Y.C. Wu, 'Constructive trusts in the civil law tradition', *Journal of Equity* 2018/12, p. 319 e.v.

58 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 327; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 58-59; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 776-777. Zie ook: Y.K. Liew, *Rationalising Constructive Trusts*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 20.

59 Het Anglo-Amerikaanse recht duidt de onrechtmatige verkrijger van een goed aan als een 'constructive' trustee. Het kan voorkomen dat vanwege de toepassing van derdenbeschermingsregelingen, geen goederen voor handen zijn. In dergelijke gevallen kan de gedaagde naar Anglo-Amerikaanse recht persoonlijk aansprakelijk zijn en wordt dit uitgedrukt als 'liable to account as a constructive trustee'. Zie hiervoor: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 8-012, 8-021 en 8-022; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 763; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 113-114; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 329 en p. 359; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 244-245; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 273-274; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 715.

in zijn bezit heeft, over te dragen aan de oorspronkelijke rechthebbende[60]. Voorbeelden van situaties waarin de 'constructive' trust in deze categorie wordt toegepast zijn onder andere de onrechtmatige gedragingen of ongerechtvaardigde verrijking van personen die een fiduciaire functie uitoefenen[61], handelingen in strijd met obligatoire vervreemdingsbeperkingen en strafrechtelijke gedragingen zoals misdrijven tegen het leven gericht, oplichting, omkoping en diefstal, die in het civiele recht als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt.[62]

Voorts kunnen 'constructive' trusts worden opgelegd in situaties waar er reeds een bestaande fiduciaire rechtsverhouding is, doch de desbetreffende persoon – zonder de bevoegdheid daartoe te ontlenen aan een officiële benoeming – de rol van trustee aanvaardt of aanneemt.[63] In die specifieke situaties

60 Indien een goed wordt teruggevorderd en de verkrijger dit moet overdragen aan de oorspronkelijke rechthebbende, spreekt het Anglo-Amerikaanse recht van de totstandkoming van een 'constructive' trust. De enige taak die de onrechtmatige verkrijger van het goed – de 'constructive' trustee – heeft, is het goed over te dragen na het inroepen van het terugvorderingsrecht. Van taken van een trustee zoals in het geval van een 'express' trust, is geen sprake. Dit effect kan in mijn optiek derhalve in het continentale recht worden vergeleken met gevallen waarin de overdracht van een goed niet heeft plaatsgevonden vanwege het niet voldoen aan het vereiste van de beschikkingsbevoegdheid. Zie hiervoor: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 273-274; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 58-59; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 345-348.

61 Men denke hierbij bijvoorbeeld aan een trustee die een 'breach of trust' pleegt, een gevolmachtigde die een volmacht misbruikt ter verkrijging van goederen ten eigen bate of een directeur van een rechtspersoon die zichzelf heeft verrijkt ten nadele van de rechtspersoon. Zie hiervoor o.a.: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 291-292; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 246; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 503-621. Zie ook: W. Swadling, 'Constructive trusts and breach of fiduciary', *Trusts & Trustees* 2012/18, p. 985-999.

62 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 8-010, 8-028, 8-029 en 8-033; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 764-767; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 123-126; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 330-352 en p. 355; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 296; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 259-263; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 563-571; C. Mitchell, P. Mitchell & S. Watterson, *Goff and Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016, nr. 9-156; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 757-762; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 312 e.v.; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p.783-796, p. 802-803 en p. 829 e.v.

63 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 8-016 en 8-019; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 725 e.v.; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 114;

ontstaat krachtens het recht daadwerkelijk een 'constructive' trust en wordt de officieuze trustee behandeld alsof hij een trustee is van een 'express' trust. In casu behoeft het ontstaan van de 'constructive' trust niet noodzakelijkerwijs gepaard te gaan met het onrechtmatig handelen van de officieuze trustee. Men denke bij deze variant aan de continentale rechtsfiguur van de zaakwaarneming.

Ten slotte wordt in het Anglo-Amerikaanse recht een 'constructive' trust als middel ingezet, teneinde bij de koop van goederen goederenrechtelijke bescherming te bieden aan een verkrijgende contractspartij in de periode tussen de contractssluiting en de levering van een goed.[64] De contractspartij wordt beschermd, totdat de levering ter uitvoering van het desbetreffende koopcontract heeft plaatsgevonden.[65] Als gevolg hiervan kan een eventuele daaropvolgende vervreemding of bezwaring aan een derde derhalve in beginsel niet aan de oorspronkelijke verkrijgende contractspartij worden tegenworpen. Deze constructie is vergelijkbaar met wat wij in het continentale recht kennen als de rechtsfiguur van de Vormerkung.

P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 346-352; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 285 en p. 287-290; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 250-259; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 599-605; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 813 e.v.

64 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 715-718; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 110-112; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 353-355; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 10-021; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 290-291; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 246-250; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 606-614; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 721-724; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 325-327; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 797-802. Zie ook: Y.K. Liew, *Rationalising Constructive Trusts*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 20.

65 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 715-718; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 110-112; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 353-355; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 10-021; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 290-291; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 246-250; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 606-614; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 721-724; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 325-327; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 797-802. Zie ook: Y.K. Liew, *Rationalising Constructive Trusts*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 20.

3.3.4 De 'statutory' trust

'Statutory' trusts zijn trusts die in het leven zijn geroepen krachtens één of meerdere wettelijke regelingen. Op deze trusts zijn de algemene regels en beginselen van het trustrecht van toepassing, tenzij in de wet anders is bepaald.[66] Voorbeelden van dergelijke trusts zijn te vinden in het (ab-intestaat) erfrecht, in het hypotheekrecht (ter uitvoering van het recht van parate executie) en in het faillissementsrecht.

3.3.5 De categorie 'implied' trusts

In het verleden werd de term 'implied' trust in het Anglo-Amerikaanse recht veelvuldig gebezigd, terwijl er geen algemeen aanvaarde definitie van was. Deze benaming werd onder meer gebezigd ter verwijzing naar trusts die van rechtswege ontstaan, 'express' trusts die op grond van een impliciete intentie tot stand zijn gekomen, 'resulting' trusts in het algemeen of bepaalde categorieën van 'resulting' en 'constructive' trusts.[67] Thans heeft de benaming 'implied' trust grotendeels geen praktische betekenis meer en is derhalve obsoleet.[68] Ter voorkoming van verwarring bij de uitleg van trusts is het volgens de huidige Anglo-Amerikaanse literatuur beter om het gebruik van de term 'implied' trust te vermijden.[69]

66 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 7-102 en 7-103; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 10-004; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 55.

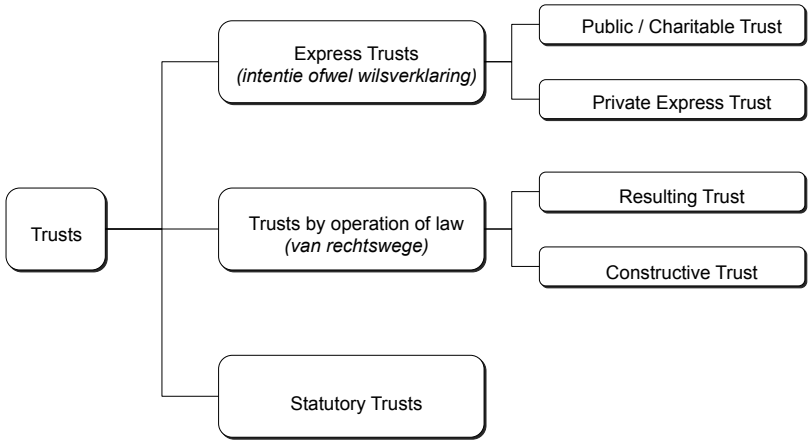
67 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 8-004; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 55 en p. 60-61; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 719.

68 De term wordt enkel nog gebruikt in het kader van section 53 (2) van de Law of Property Act 1925. In deze zin wordt met de uitdrukking 'implied' bedoeld trusts die van rechtswege ontstaan, doch die niet als 'resulting' of 'constructive' trusts kunnen worden aangemerkt.

69 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 8-004; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 55 en p. 60-61; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 719.

Hetgeen in het bovenstaande is uiteengezet kan als volgt schematisch worden weergegeven:

Trustcategorieën



4 DE 'EXPRESS' TRUST NAAR ANGLO-AMERIKAANS TRUSTRECHT

Aan de bijzondere plaats van de trust in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht is reeds aandacht besteed. Hoewel de constructie van de Anglo-Amerikaanse trust op het eerste gezicht eenvoudig van aard lijkt, blijkt bij nadere bestudering dat deze ingewikkelde vertakkingen heeft. Zoals hiervoor is besproken, kent het trustrecht diverse categorieën. Eén van de meest voorkomende trustcategorieën is de zogenoemde 'express' trust. In het onderstaande worden van de categorie 'express' trust de subcategorieën 'private express' trust en 'charitable' trust verder uiteengezet.

4.1 De 'private express' trust in het algemeen

De grondslag voor de 'private express' trust is een rechtshandeling die strekt tot de instelling van een trust.[70] De settlor verricht een daartoe strekkende

70 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 40-41 en p. 56; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 1-033 en 5-002; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 641; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 29 en p. 65-66; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 15-16; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern*

rechtshandeling met als gevolg dat op hetzelfde tijdstip dat de 'private express' trust tot stand komt en daarmee de strekking van het trustverband is vastgesteld, van rechtswege een fiduciaire rechtsbetrekking – de zogenoemde trustrechtelijke rechtsbetrekking – tussen de trustee en de beneficiary ontstaat.[71/72]

De totstandkoming van de 'private express' trust en daarmee het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsbetrekking gaat gepaard met de oplegging van beheersverplichtingen en de verlening van beheersbevoegdheden aan de trustee, en de toekenning van rechten aan de beneficiary die verband houden met het beheer en de uitvoering van de trust door de trustee.[73]

Enerzijds verwerft de trustee de formele beschikkingsmacht over de trustgoederen ofwel de 'legal title', en is hij gehouden in het kader van de trust te allen tijde in het beste belang van de beneficiary te handelen.[74] De trustee wordt derhalve de volledige rechthebbende van de trustgoederen en is belast met het beheer ten behoeve van de beneficiary. Anderzijds komt aan de beneficiary een samenstel c.q. bundel van rechten ofwel de 'equitable title' toe, dat – afhankelijk van de strekking van het trustverband – tevens het economisch belang van de trustgoederen kan behelzen.[75] Na de rechtsgeldige totstandkoming van de 'private express' trust, heeft de settlor in zijn hoedanig-

---

Equity, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 53; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 97; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 19.

71 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 634; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3 e.v.; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 11-19.

72 Een 'private express' trust kan onder bijzondere omstandigheden ook voor een specifiek doel dat niet als charitatief wordt beschouwd, in het leven worden geroepen. Deze trusts worden aangeduid als 'purpose trusts en de regels omtrent de 'express' trust zijn nagenoeg gelijkluidend. De 'purpose' trust zal echter in deze paragraaf niet worden uiteengezet. Zie voor een uitvoerige behandeling hiervan: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 5-052 t/m 5-067; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 201-224; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 8; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 282-322; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 415-439; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 317-334; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 137-158.

73 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 40-41; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3-6; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 11-19.

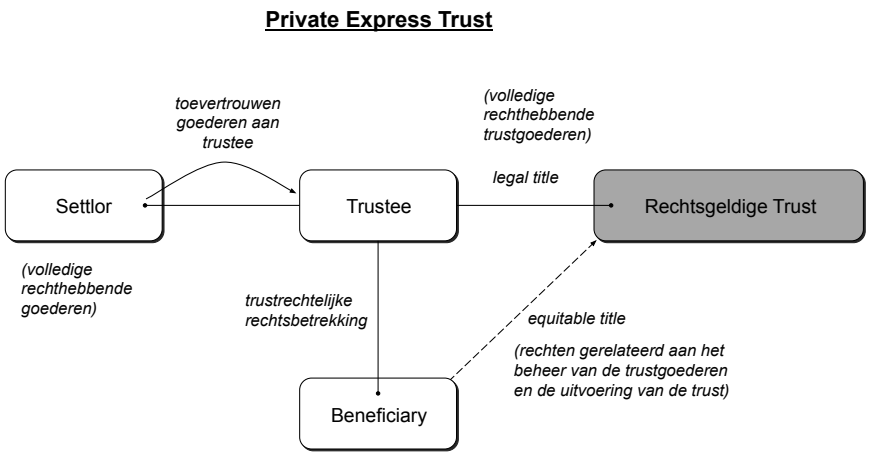
74 Zie hiervoor paragraaf 2.3.2. Zie ook: L. Ho, 'Trusts: The essentials', in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 3 e.v.

75 Zie in dit kader paragrafen 2.3.2 en 2.4.11.

heid als settlor geen actieve rol bij de werking van de trust, behoudens specifieke uitzonderingen.[76]

Bij de totstandkoming van de 'private express' trust zijn in het Anglo-Amerikaanse recht in beginsel drie[77] hoedanigheden betrokken, namelijk:
1. de settlor, ofwel de insteller;
2. de trustee, ofwel de beheerder; en
3. de beneficiary, ofwel de begunstigde.

De bovenbeschreven trustrechtelijke rechtsbetrekking kan op de volgende wijze worden geïllustreerd:



4.2 De belangrijkste kenmerken van de 'private express' trust

De Anglo-Amerikaanse trust heeft een aantal fundamentele eigenschappen die de basis vormen van de 'private express' trust.[78]

---

76 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 18-19; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 42; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 18 en p. 20; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 25; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 171 e.v. Zie voor de behandeling van de uitzonderingen paragraaf 2.5.3.

77 In bepaalde gevallen kan de hoedanigheid van protector tevens betrokken zijn bij de trust, hoewel het Engelse recht deze hoedanigheid niet kent.

78 Deze eigenschappen gelden overigens voor alle trust-categorieën.

Allereerst bezit de 'private express' trust geen rechtspersoonlijkheid en kan deze trust uitsluitend bestaan indien hetgeen onder trustverband is geplaatst, het zogenoemde 'trustfund', geheel toekomt aan de trustee.[79] Dit betekent dat de trustee als rechthebbende binnen de grenzen van het algemene trustrecht en de in de trustakte neergelegde voorwaarden, volledig beheers- en beschikkingsbevoegd is ten aanzien van de trustgoederen.[80]

Ten tweede kenmerkt de 'private express' trust zich door het feit dat het 'trustfund' – vanwege het trustverband dat ontstaat als gevolg van de totstandkoming van de trust en op de goederen rust – een afgescheiden geheel van goederen vormt dat geen deel uitmaakt van het privévermogen van de trustee.[81] Dientengevolge kunnen privécrediteuren van de trustee zich niet verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen.[82] Het 'trustfund' zal derhalve niet aangetast kunnen worden door onder andere een faillissement, echtscheiding of de dood van de trustee.[83]

Voorts typeert de 'private express' trust zich door het feit dat de strekking van het trustverband, de rechtsgevolgen van de werking van de trust – en

79 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 40; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3-4 en p. 14-15; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 15-16. Zie ook: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 637-638 en p. 640; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 175-176; A.M. Honoré, 'Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 9.

80 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 636; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 48; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3-5; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 3-4 en p. 11; L. Ho, 'Trusts: The essentials', in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 3.

81 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 637-638 ; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 23-24; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 13.

82 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 637-638 ; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 27; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 63-64; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 178-179. Zie ook: S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 14 en p. 211.

83 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 637-638; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3.

daarmee de verplichtingen, de rechten en de bevoegdheden van de trustee en de (potentiële) beneficiary in relatie tot het 'trustfund'– bepaalt. De bijzondere rechtsbetrekking – de trustrechtelijke betrekking – tussen de trustee en de beneficiary heeft een verbintenisrechtelijk karakter, terwijl het trustverband, de beschikkingshandelingen van de trustee ten aanzien van het 'trustfund', de goederenrechtelijke opvorderingsactie c.q. het wettelijke zekerheidsrecht van de (potentiële) beneficiary[84] en bepaalde bevoegdheden van de trustee[85], goederenrechtelijke trekken vertonen.

Het verbintenisrechtelijk aspect impliceert dat aan de trustee trustrechtelijke verplichtingen worden opgelegd die hij in overeenstemming met het algemeen trustrecht en de in de trustakte neergelegde voorwaarden, moet vervullen.[86] Daarnaast dient de trustee, indien aan hem in zijn hoedanigheid bevoegdheden zijn toegekend, deze aan te wenden ten behoeve van de (potentiële) beneficiary.[87] Niet naleving van de trustrechtelijke verplichtingen, dan wel misbruik c.q. overschrijding van de toegekende bevoegdheden, levert een 'breach of trust'– ofwel onbehoorlijk bestuur – op en de (potentiële) beneficiary kan hiertegen optreden door bijvoorbeeld nakoming of schadevergoeding te vorderen.[88]

Het belangrijkste goederenrechtelijke aspect manifesteert zich – naast het eerdergenoemde afgezonderd geheel van trustgoederen dat ontstaat als gevolg van het trustverband – in de zaaksvervanging met betrekking tot het 'trustfund' en de opvorderingsactie van de (potentiële) beneficiary ingeval van een 'breach of trust'. Het 'trustfund' omvat alle ten tijde van de totstandkoming van de trust onder trustverband geplaatste goederen, alsmede de daaruit voortkomende vruchten.[89] Tevens maken alle goederen die geacht moeten

84 Zie hiervoor uitgebreid paragrafen 2.4.11 en 3.3.9.

85 Zie paragraaf 2.5.6.

86 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 636-637; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 16-19 ; D.J. Hayton, 'The Irreducible Core Content of Trusteeship', in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 47. Zie ook: S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 124 e.v.

87 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 635; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 41; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 20-21; Zie ook: J.E. Penner, The Law of Trusts, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 351 e.v; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 4-5; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 176-177; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 16.

88 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 840 en p. 843 e.v.; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 5.

89 P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/ LexisNexis 2022, p. 3. Zie ook: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 48.

worden in de plaats te treden van de oorspronkelijke trustgoederen, onderdeel uit van het 'trustfund'.[90] Deze zaaksvervanging treedt op ongeacht of er sprake is van een bevoegde, dan wel een onbevoegde vervreemding of bezwaring.[91] De goederenrechtelijke opvorderingsactie van de (potentiële) beneficiary behelst de mogelijkheid van de (potentiële) beneficiary om trustgoederen die in 'breach of trust' zijn vervreemd of bezwaard op te eisen van een derdeverkrijger, wanneer deze de goederen om niet en/of niet te goeder trouw heeft verkregen.[92] Ten slotte kan de beneficiary onder omstandigheden een wettelijk zekerheidsrecht doen gelden in geval van een 'breach of trust', om uit de opbrengst van het betreffende goed zijn schade vergoed te krijgen.[93]

4.3 De materiële vereisten voor de totstandkoming van de 'private express' trust

Zoals eerder aan bod is gekomen, behelst de totstandkoming van een 'private express' trust de oplegging van trustrechtelijke verplichtingen aan de trustee en de toekenning van rechten en bevoegdheden aan (potentiële) beneficiaries ten aanzien van het beheer van de trustgoederen en de uitvoering van de trust. Teneinde de trust op de juiste wijze tot stand te brengen en te laten functioneren, dient duidelijk te zijn of een settlor daadwerkelijk de instelling van een trust heeft beoogd, of de goederen die onder trustverband zijn geplaatst en die deel uitmaken van het trustfond in voldoende mate bepaald zijn, en of de identiteit van de beneficiaries vaststaat of kan worden vastgesteld, opdat zij de aan hen toegekende rechten en bevoegdheden kunnen uitoefenen. Om met zekerheid te bepalen dat er sprake is van een 'private express' trust, kent het Anglo-Amerikaanse recht drie constitutieve vereisten voor de totstandkoming van de trust, de zogenoemde 'three certainties'.[94] Indien niet aan deze

90 P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3; A.M. Honoré, 'Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 18-19. Zie ook: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 48.

91 P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 3; A.M. Honoré, 'Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 18-19.

92 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 840; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 4-5; A.M. Honoré, 'Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003, p. 20.

93 Zie paragrafen 2.4.11.1 en 3.3.9 en de aldaar aangehaalde literatuur.

94 *Knight v Knight* [1840] 3 Beav 148, p. 173. Zie ook: *Morice v Bishop of Durham* [1805] 10 Ves 522, p. 536; Y.K. Liew & C. Mitchell, 'The creation of express trusts', *Journal of Equity* 2017/11, p. 133 e.v.

vereisten wordt voldaan, kan er niet worden gesproken van een rechtsgeldige trust.[95] Deze 'three certainties' dienen vooral om de effectieve werking van de trust te bewerkstelligen en houden het volgende in:
1. de 'certainty of intention';
2. de 'certainty of subject matter'; en
3. de 'certainty of objects';

4.3.1 De 'certainty of intention'

Om een nietige 'private express' trust te voorkomen, wordt allereerst vereist dat met voldoende zekerheid kan worden bepaald dat de settlor de instelling van de trust – en geen andere rechtsverhouding – daadwerkelijk beoogd heeft.[96] Dit betekent dat de settlor zijn intentie om een trust in het leven te roepen door middel van een daarmee corresponderende expliciete, dan wel impliciete verklaring, dient te openbaren.[97] De aanduiding van deze intentie in specifieke bewoordingen en het gebruik van het woord 'trust' is echter niet noodzakelijk: van belang is in casu of er in wezen voldoende intentie is gemanifesteerd om de betreffende trust te creëren.[98] Het Anglo-Amerikaanse trustrecht hanteert bij de 'certainty of intention' de 'substance over form'

95 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 65-66; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 75; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 271-272; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 43.

96 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 74; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 106-107; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 67; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 277-278; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 44. Zie ook: S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 54 e.v.

97 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 75; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 64; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 67; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 274-278; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 44.

98 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 660-661; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 65; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 67-68; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 76; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 101-102; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 44.

doctrine, hetgeen inhoudt dat de daadwerkelijke aard van de rechtshandeling doorslaggevend is, ongeacht de betekenis die de settlor daaraan heeft toegeschreven.[99] Derhalve kan – naast het gebruik van bepaalde woorden – eveneens een 'private express' trust als gevolg van bepaalde gedragingen van de settlor in het leven worden geroepen, zonder dat hij zich hiervan bewust is.[100]

4.3.2 De 'certainty of subject matter'

Alle goederen die onder trustverband zijn geplaatst en die tezamen het trustfonds vormen – de zogenoemde subject matter van de trust – moeten met voldoende bepaaldheid worden omschreven.[101] Zonder trustgoederen, dan wel goederen waarvan niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat zij deel uitmaken van het trustfonds, kan er geen sprake zijn van een rechtsgeldig tot stand gekomen trust.[102] Zonder de toepassing van de 'certainty of subject

99 De toepassing van dit principe in het Anglo-Amerikaanse trustrecht brengt met zich dat het voor partijen moeilijker wordt gemaakt om schijnconstructies op te stellen, gelet op het feit dat deze aangemerkt worden als een 'sham' oftewel een schijnhandeling. Daarnaast zijn – op grond van het bepaalde in section 423 van de Insolvency Act 1986 – trusts die in het leven zijn geroepen met de bedoeling de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers te frustreren en derhalve schuldeisers te benadelen, vernietigbaar. Zie hiervoor uitgebreid: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 681-684; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 75-77 en p. 80-88; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 69-74; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 186-188; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 111-112; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 90-93 en p. 103; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 44 en p. 57-67.

100 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 661; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 110-111; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 284-289; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 45. Zie ook: M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 165-179.

101 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 89-94; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 68; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 112-115; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 74; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 289-294; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 69.

102 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 662-664; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 94; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 68; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 74-76; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 77-79; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 69- 91.

matter' wordt het onmogelijk voor de trustee om de betreffende trust naar behoren te beheren: trustees moeten precies weten welke goederen zij kunnen toebedelen aan beneficiaries.[103] Ook beneficiaries dienen bekend te zijn met hetgeen tot het trustfonds behoort, teneinde hun rechten en bevoegdheden op adequate wijze uit te oefenen of remedies aan te wenden ingeval de trustee een 'breach of trust' heeft gepleegd.[104] Ten slotte dient duidelijk voor schuldeisers te zijn welke goederen onderdeel zijn van het trustfonds, gelet op het feit dat trustgoederen ingeval van een faillissement niet in de faillissementsboedel van de trustee vallen.[105]

4.3.3 De 'certainty of objects'

Als laatste vereiste geldt dat de personen die als beneficiary zijn aangewezen of later als beneficiary kunnen worden aangemerkt, bij de instelling van een 'private express' trust voldoende bepaalbaar moeten zijn op straffe van nietigheid.[106] Enerzijds moeten de trustees in staat zijn om met zekerheid te bepalen aan wie (een aandeel in) de trustgoederen dient te worden toebedeeld. Anderzijds moet het duidelijk zijn aan welke personen de op het beheer en de uitvoering van de trust betrekking hebbende rechten en bevoegdheden toekomen, zodat deze rechten en bevoegdheden op effectieve wijze kunnen worden uitgeoefend. De toepassing van het vereiste van de 'certainty of objects' verschilt derhalve naargelang het soort trust en de aard van de trustrechtelijke verplichtingen van de trustee.[107] In dit kader wordt er een onderscheid gemaakt tussen de 'fixed' en de 'discretionary' trust.[108] In het eerste geval dient de settlor in beginsel een complete lijst met de aangewezen beneficiaries op

---

103 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 74; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 69-70. Zie ook: P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 110-111.

104 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 663-664; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 93.

105 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 74;

106 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 664-665; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 94; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 9 en 70; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 119; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 86; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 93.

107 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 664; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 94; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83 e.v.; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 94.

108 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de 'fixed' en de 'discretionary' trust paragraaf 2.5.8.2.

te stellen.[109] In de tweede situatie wordt vereist dat de settlor specifieke criteria c.q. kenmerken opneemt, aan de hand waarvan met zekerheid kan worden bepaald of een persoon kwalificeert als beneficiary c.q. behoort tot de groep of categorie der potentiële beneficiaries.[110]

4.4 De materieelrechtelijke grenzen aan de totstandkoming van de 'private express' trust[111]

In het Anglo-Amerikaanse goederenrecht wordt het als ongewenst beschouwd om goederen – roerend, dan wel onroerend – voor buitensporig lange perioden aan het economisch verkeer te onttrekken en onvervreemdbaar te maken.[112] De achterliggende gedachte hierbij is dat positieve economische ontwikkelingen in een land kunnen worden belemmerd, indien natuurlijke personen door middel van het verrichten van goederenrechtelijke rechtshandelingen voor excessieve tijdsperioden letterlijk over het graf heen zouden kunnen rege-

109 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 665; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 95-96; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 87-91; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83-84; C P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 123-125; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 94; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 307-308.

110 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 665-666; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 99-104; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 70 en 71; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 119-125; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 91-105; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 125 e.v.; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 84-87; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 302-307; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 97-98.

111 Voor een algemene uiteenzetting van de rule against remoteness of vesting, de rule against inalienability and de rule against accumulations zie: Halsbury's Laws of England Editorial Team, *Halsbury's Laws of England. Perpetuities and Accumulations* (volume 80), London: LexisNexis 2020.

112 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 112; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nrs. 8-012 en 8-014; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 111; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 325-326;

ren.[113] Ter voorkoming van het voorgaande, stelt het Anglo-Amerikaanse goederenrecht grenzen aan de beschikking over en de verkrijging van goederen, en dient met zekerheid te worden bepaald of alle (rechten op) goederen binnen een door de wet gestelde termijn – de zogenoemde 'perpetuity period' – onvoorwaardelijk en zonder enige goederenrechtelijke beperking zouden kunnen worden verkregen. Deze regels worden aangeduid als de 'rule against perpetuities', ook wel de 'rule against remoteness of vesting, en de 'rule against inalienability'. Worden deze regels niet in acht genomen, dan is de betreffende rechtshandeling ongeldig. Hoewel deze regels voortvloeien uit het algemene Anglo-Amerikaanse goederenrecht, zijn zij tevens van toepassing op het Anglo-Amerikaanse trustrecht.[114]

4.4.1 De toepassing van de rule against remoteness of vesting' bij de creatie van de 'private express' trust[115]

Krachtens de 'rule against remoteness of vesting', ook wel aangeduid als de 'rule against perpetuities', moet bij voorbaat duidelijk zijn of ieder toekomstig belang binnen de wettelijke termijn – de 'perpetuity period' – onvoorwaardelijk zou kunnen worden verworven.[116] In het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt deze regel hoofdzakelijk toegepast op voorwaardelijke rechten die bij de instelling van de 'private express' trust worden gecreëerd, en in het bijzonder op trusts 'over de hand'[117] en op trusts met rechten onder tijdsbepaling. Hierbij komt het erop neer dat de voorwaarde krachtens welke een beneficiary met een recht onder opschortende tijdsbepaling c.q. voorwaarde een onvoorwaardelijk recht kan verkrijgen, in vervulling gaat voordat de 'perpetuity

113 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 112; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 111; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 73 en p. 75-77;

114 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 6-037.

115 Voor een uiteenzetting van de oorsprong van deze regel zie: S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nrs. 8-015 t/m 8-017.

116 Section 1 van de Perpetuities and Accumulations Act 2009; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 112; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nrs. 8-001 t/m 8-007 en 8-108; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 190.

117 Deze trusts zijn – voor wat betreft hun goederenrechtelijke structuur – vergelijkbaar met hetgeen wij in het Nederlands recht kennen als een tweetrapsschenking of een tweetrapsmaking.

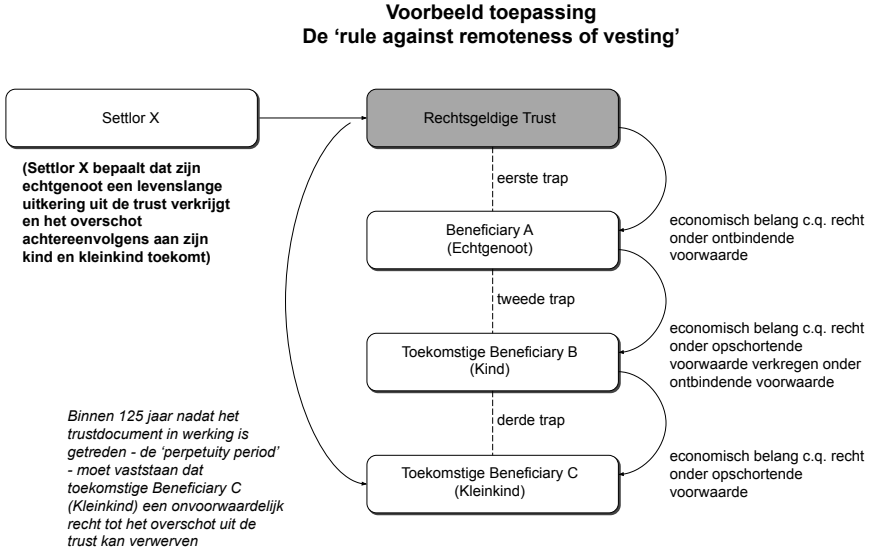
period' is verstreken.[118] Met andere woorden: bij voorbaat moet vaststaan dat de aan de gecreëerde rechten verbonden voorwaarden, binnen de 'perpetuity period' vervuld kunnen worden, zodat alle gerechtigden onder opschortende tijdsbepaling c.q. onder opschortende voorwaarde binnen de 'perpetuity period' een volwaardig (*lees*: onvoorwaardelijk) recht zouden kunnen verwerven. Zou dit niet binnen de 'perpetuity period' kunnen geschieden en zouden de voornoemde gerechtigden derhalve binnen deze periode geen volwaardig recht kunnen verkrijgen, dan is de betreffende trust nietig.[119] Thans bedraagt de 'perpetuity period' in het Anglo-Amerikaanse recht maximaal 125 jaar nadat het trustdocument in werking is getreden.[120]

118 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 6-060; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 112; Halsbury's Laws of England Editorial Team, *Halsbury's Laws of England. Perpetuities and Accumulations* (volume 80), London: LexisNexis 2020, nrs. 42 en 59; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 254-258; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 190-191.

119 G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 191.

120 Section 5 (1) van de Perpetuities and Accumulations Act 2009. Thans kent het Anglo-Amerikaanse goederenrecht met betrekking tot de 'rule against remoteness of vesting' drie 'perpetuity regimes waarmee rekening moet worden gehouden bij de toepassing van deze, afhankelijk van de datum van inwerkingtreding van het trustdocument. Het gaat in casu om het old common law rule regime, het regime van de Perpetuities en Accumulations Act 1964 en het huidige regime van Perpetuities en Accumulations Act 2009. Zie hiervoor: section 12 van de Perpetuities and Accumulations Act 2009. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze regel: J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nrs. 35-005 t/m 35-072; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 6-038 t/m 6-6-042 en nr. 6-055; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 112-113; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 8-018 e.v.; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 75-77; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 99; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 113-114; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 326-328; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 252 e.v.; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 923-950; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 191-214.

In het onderstaande kan de 'rule against remoteness of vesting' als volgt worden geïllustreerd:



4.4.2 *De toepassing van de rule against inalienability' bij de creatie van de 'private express' trust*[121]

Een belangrijke materiële beperking ten aanzien van de vervreemdbaarheid van goederen in het Anglo-Amerikaanse goederenrecht, behelst de zogenoemde 'rule against inalienability', ook wel de 'rule against perpetual trusts' genoemd. Volgens deze regel kunnen de goederen waarover wordt beschikt, niet voor een excessieve periode, dan wel voor onbepaalde tijd onvervreemdbaar worden gemaakt.[122] In het Anglo-Amerikaanse trustrecht impliceert dit dat de goederen die onder trustverband zijn geplaatst, in het bijzonder de trustgoederen die aangewend worden ten behoeve van niet-charitatieve doeleinden, niet

121 Zie een uitgebreide uiteenzetting hierover: I. Dawson, 'The rule against inalienability – a rule without a purpose?', *Legal Studies* 2006/3, p. 420 e.v.

122 S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 8-147; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 220; I. Dawson, 'The rule against inalienability – a rule without a purpose?', *Legal Studies* 2006/3, p. 415.

buiten de 'perpetuity period' onvervreemdbaar mogen zijn.[123] Een gerechtigde dient derhalve de trustgoederen na het verstrijken van de 'perpetuity period', vrij van enige vervreemdingsbeperking te verkrijgen. Is er desalniettemin in strijd met de 'rule against inalienability' gehandeld en zijn de trustgoederen derhalve buiten de 'perpetuity period' onvervreemdbaar, dan is de trust nietig.[124] In casu is de 'perpetuity period' de resterende levensduur van één of meer personen die bestaan vanaf het tijdstip dat de trust is opgericht – aangeduid als 'life in being' – plus 21 jaar.[125] De 'rule against inalienability' is één van de instrumenten dat in het Anglo-Amerikaanse recht wordt toegepast, teneinde misbruik van 'private express' trusts ten behoeve van een niet-charitatief doel – 'non-charitable purpose' trusts –, te voorkomen.[126]

4.4.3 De 'rule against accumulations'

Een regel die in aanvulling op de 'rule against remoteness of vesting' op trusts werd toegepast, was de zogenoemde 'rule against excessive accumulations'. Op grond van deze regel waren in beginsel 'private express' trusts waarbij de onder trustverband geplaatste goederen werden geaccumuleerd, en beschikkingen die direct of indirect, dan wel geheel of gedeeltelijk leidden tot de accumulatie van trustgoederen nietig, indien de accumulatie plaatsvond buiten de 'perpetuity period' van een 'life in being' plus 21 jaar.[127] Deze regel gold

123 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 6-143; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nrs. 6-148 t/m 6-150; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 115; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 8 en 81; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 253-254 en p. 269-270; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 185-186 en p. 288-289.

124 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 115; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 220-222.

125 Section 18 van de Perpetuities and Accumulations Act 2009; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 6-143; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 113; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 115; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 270; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 221-222.

126 The Law Commission, Item 7 of the Sixth Programme of the Law Reform: The Law of Trusts, 1998, p. 7.

127 Sections 164 t/m166 van de Law of Property Act 125 (oud); section 13 van de Perpetuities and Accumulations Act 1964 (oud); section 13 van de Perpetuities and Accumulations Act 2009; Zie ook: J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nr. 35-076; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 6-144, 6-145 en 6-152 t/m 6-178; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry*

niet voor vennootschappen of rechtspersonen, doch enkel voor natuurlijke personen die een trust ten behoeve van beneficiaries hadden ingesteld.[128]

Met de inwerkingtreding van de Perpetuities and Accumulations Act 2009, is de 'rule against excessive accumulations' in het Anglo-Amerikaanse recht afgeschaft en wordt accumulatie van trustgoederen bij alle trusts die ingesteld zijn na 6 april 2010 toegestaan, zolang dit binnen de huidige 'perpetuity period' van de 'rule against remoteness of vesting' – aldus 125 jaar – geschiedt.[129] Hoewel de 'rule against excessive accumulations' thans is vervallen, blijft deze echter wel van kracht ten aanzien van trusts die vóór 6 april 2010 in het leven zijn geroepen.[130]

4.4.4 *Geen strijdigheid met dwingende wetsbepaling, de goede zeden of de openbare orde*

Tot slot komt naar Anglo-Amerikaans recht geen 'private express' trust tot stand en is deze derhalve nietig, indien zijn inhoud of strekking in strijd is met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.[131] Men denke hierbij bijvoorbeeld aan trusts die zijn ingesteld om belasting te ontduiken of de situatie waarin beneficiaries worden verboden om publieke functies te bekleden.

& Wade: The Law of Real Property, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 8-162; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 100; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 951; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 222-223.

128 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 100;

129 Section 13 van de Perpetuities and Accumulations Act 2009. Zie ook: J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nr. 35-85; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 6-146 en 6-150; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 8-149; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 270-272; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 956; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 223.

130 S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nrs. 8-162 en 8-163; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 271-272; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 956. Zie ook: *Halsbury's Laws of England. Perpetuities and Accumulations* (volume 80), London: LexisNexis 2020, nr. 151.

131 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 6-002 t/m 6-036; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 680-681; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 75-77; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 93; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 313-314; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 276-300; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 187-190.

4.5 De totstandkoming van de 'private express' trust

4.5.1 Het tijdstip van de totstandkoming van de 'private express' trust

Naar Anglo-Amerikaans trustrecht kan een 'private express' trust op twee tijdstippen in het leven worden geroepen, te weten:
1. gedurende het leven van de settlor, ook wel de 'inter vivos' trust genoemd; of
2. na het overlijden van de settlor ofwel de erflater, aangeduid als de 'testamentary' trust.

4.5.2 De wijze van totstandkoming van de 'private express' trust

Een 'private express' trust komt niet tot stand, zolang de aangewezen goederen die onder trustverband moeten worden geplaatst, niet aan de trustee zijn toevertrouwd: pas op het moment dat deze goederen door de trustee als zodanig in eigendom zijn verkregen, komt het trustverband direct op de goederen te rusten. Is een settlor voornemens een 'private express' trust tot stand te brengen, dan dient hij naar Anglo-Amerikaans recht derhalve naast zijn intentie om een trust in te stellen, tevens de aangewezen goederen die als trustgoederen zullen dienen, aan de trustee toe te vertrouwen.

4.5.2.1 De 'inter vivos' trust

In het Anglo-Amerikaanse trustrecht zijn er in beginsel voor wat betreft een 'inter vivos' trust, twee wijzen waarop het toevertrouwen van de beoogde trustgoederen aan de trustee kan geschieden, namelijk:
a. via een 'transfer in trust'; of
b. via een 'self-declaration of trust'.[132/133]

4.5.2.1.1 De 'transfer in trust'

De 'transfer in trust' behelst de plaatsing van de door de settlor aangewezen goederen onder trustverband door middel van een overdracht van de volledige

132 *Milroy v Lord* [1852] 4 De GF &J 264, p. 275.

133 Er is nog een derde wijze waarop het toevertrouwen kan geschieden, namelijk door middel van de uitoefening van een zogenaamde 'dispositive power'. Deze wijze van totstandkoming wordt echter in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten, gezien het feit dat het zelden voorkomt. Zie hiervoor: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 3-003 en 3-054 e.v.; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 194-195; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 7; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 112. Zie over 'dispositive powers' in het algemeen paragraaf 2.5.3.

eigendom van de goederen aan de trustee.[134] Zodra de levering van de beoogde trustgoederen aan de trustee is voltooid, komt een rechtsgeldige trust tot stand en zijn de trustverplichtingen die hieruit voortvloeien rechtens afdwingbaar.[135] Waar de continentale jurist op moet letten is het feit dat de 'transfer in trust' in het Anglo-Amerikaanse recht niet een meerzijdige rechtshandeling is, doch een eenzijdige rechtshandeling, óók als de trust onder levenden tot stand komt.[136] Dit gegeven brengt met zich mee dat de settlor voor de totstandkoming van de trust niet de instemming van de aangewezen trustee(s) en beneficiaries behoeft.[137]

De 'equitable interest' ofwel het recht van de beneficiary, bestaande uit een bundel van rechten en bevoegdheden ten aanzien van het beheer en de uitvoering van de trust die na een 'transfer in trust' aan de beneficiary toekomt, kan voorafgaand aan de creatie van de trust, niet als een afzonderlijk recht worden aangemerkt.[138] Dit, gelet op het feit dat de settlor de volledige eigen-

134 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 135-136; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 673-674; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 148; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 97-98; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 97 en p. 200-201; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 185-186; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 112.

135 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 135-136; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 148; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 97-98; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 97 en p. 200-201; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 185-186; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 112-113.

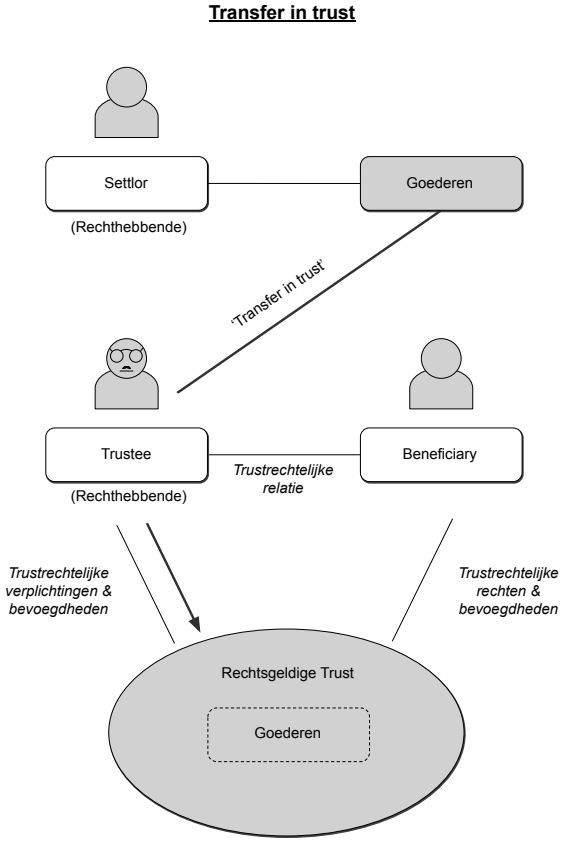
136 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 74; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022; p. 20; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 22. Zie ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 143-145 en W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 324-325.

137 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 74. Zie ook : W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 327.

138 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 46; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 17-18; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 54-55; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 7; W. Swadling, 'Property: General

dom heeft en in dat geval geen sprake is van een 'equitable interest'.[139] Pas op het moment dat de rechtsgeldige oprichting van de trust geschiedt en op datzelfde tijdstip het trustverband op de trustgoederen komt te rusten, ontstaat er tussen de trustee en de beneficiary een trustrechtelijke rechtsverhouding, en krijgt de laatstgenoemde van rechtswege deze 'equitable interest'.[140] Derhalve is er in casu geen sprake van een overdracht.

In het onderstaande wordt de 'transfer in trust' schematisch weergegeven:



Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 4.149.

139 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 46; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 17-18; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 54-55; ; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 7; W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 4.149.

140 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 1-006; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 97-98.

4.5.2.1.2 De 'self-declaration of trust'

Naast de mogelijkheid van de 'transfer in trust', kan de settlor opteren voor een zogenoemde 'self-declaration of trust'. In dat geval komt er een rechtsgeldige trust tot stand wanneer de settlor eenzijdig verklaart dat hij, vanaf het moment van het afleggen van de verklaring, zelf als trustee zal fungeren ten behoeve van de beoogde beneficiary.[141]

De werking van de 'self-declaration of trust' heeft tot gevolg dat – anders dan een 'transfer in trust' – van een eigendomsovergang geen sprake is en derhalve ook niet van een verschuiving van de trustgoederen van de settlor naar de trustee.[142] Immers, de settlor is in casu reeds rechthebbende van de trustgoederen. Door deze eenzijdige verklaring komt enkel – als gevolg van het goederenrechtelijk effect dat de verklaring teweegbrengt – een trustverband op de beoogde trustgoederen te rusten en worden deze goederen op deze wijze toevertrouwd aan de trustee ten bate van de beneficiaries.

De 'equitable interest' die na een geldige 'self-declaration of trust' door de beneficiary wordt verworven, ontstaat evenals de 'equitable interest' via een 'transfer in trust' simultaan met de totstandkoming van de 'express' trust ten gevolge van het trustverband dat aan de goederen kleeft.[143] Dit recht wordt net als in het geval van een 'transfer in trust' van rechtswege verkregen door de beneficiary.[144]

---

141 De intentie om een trust door middel van een 'self-declaration of trust' op te richten dient duidelijk en kenbaar te zijn. Deze intentie kan zowel impliciet als expliciet worden weergegeven. Zie hiervoor: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 136; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 675-676; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 144-148; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 59; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 99; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 97 en p. 200-201; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 127.

142 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 136; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 144; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 99; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 186. Zie ook: S. Agnew & P. Douglas, 'Self-declarations of Trust', *Law Quarterly Review* 2019/135, p. 67-70 en p. 74-87.

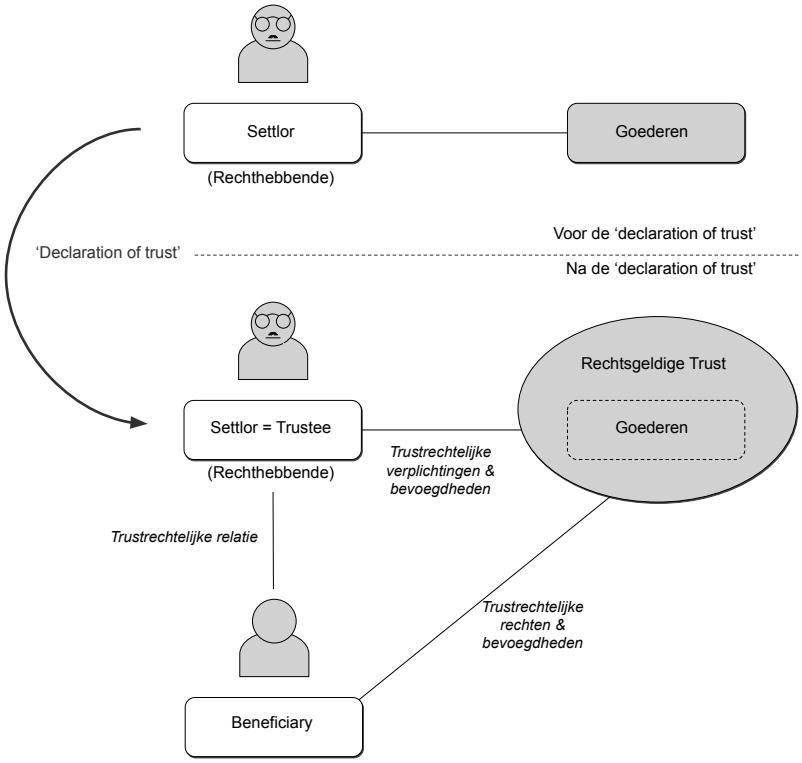
143 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 46; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 17-18; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 54-55; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 7; W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 4.149.

144 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 1-006; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 98.

Overigens moge nog worden opgemerkt dat de wijzen van de totstandkoming van de 'inter vivos' trust – de 'transfer in trust' en de 'self-declaration of trust' – niet met elkaar kunnen worden gecombineerd en derhalve elkaar uitsluiten. Dit betekent dat, indien de settlor gekozen heeft om een trust in te stellen door middel van een 'transfer in trust' en de overdracht is niet geëffectueerd, er – ondanks het feit dat de settlor een trustintentie heeft die zich door een verklaring heeft geopenbaard – geen trust tot stand komt op basis van de loutere trustintentie van de settlor.[145] Een mislukte 'transfer in trust' kan aldus niet worden geconverteerd in een 'self-declaration of trust'.

De 'declaration of trust' kan schematisch als volgt worden weergegeven:

Declaration of trust



145 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 144-145; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 99; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 186-187. Zie ook: S. Agnew & P. Douglas, 'Self-declarations of Trust', *Law Quarterly Review* 2019/135, p. 79-82.

4.5.2.2 De 'testamentary' trust

Een settlor kan ook kiezen om een 'testamentary' trust – ook wel aangeduid als een 'will' trust – in het leven te roepen. In dat geval wijst hij bij uiterste wilsbeschikking de na te laten goederen aan, die na zijn overlijden onder trustverband moeten worden geplaatst.[146]

Wanneer een erflater overlijdt, is naar Anglo-Amerikaans erfrecht een 'executor' of 'administrator'[147] – ook wel de 'personal representative' genoemd – als juridische opvolger van de overledene belast met de boedelafwikkeling, waaronder ook de vereffening van de nalatenschap. Teneinde als juridische opvolger op te treden, dient de 'executor' of de 'administrator' zijn functie te aanvaarden.[148] Vervolgens dient hij de rechtbank te verzoeken tot afgifte van een verklaring van erfrecht & executele (een 'grant of probate', respectievelijk een 'grant of letters of administration with the will annexed'), waarin is vastgelegd dat de uiterste wil rechtsgeldig is verklaard en dat hij bevoegd is de nalatenschap af te wikkelen.[149] De aanvaarding van de functie van de 'executor' c.q. de afgifte van de 'grant of letters of administration' aan de 'administrator' heeft tot gevolg dat hij – ter afwikkeling van de nalatenschap – van rechtswege de volledige eigendom verkrijgt van alle goederen

146 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 3-003; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 30; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 97-98; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 112-113.

147 De 'executor' is de persoon die door de erflater bij uiterste wilsbeschikking is benoemd om de nalatenschap af te wikkelen. Indien de erflater niet een 'executor' bij uiterste wilsbeschikking heeft benoemd, dan wel niet een uiterste wil heeft gemaakt, wordt voor de boedelafwikkeling een vereffenaar, de zogenoemde 'administrator', door de rechtbank benoemd. Zie hiervoor: J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nr. 37-002; L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nrs. 608 t/m 610; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 4 en p. 6; R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 439 en p. 449-450; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 251-252.

148 L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nr. 629; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 101-105 en p. 275; R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 447 en p. 457; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 258.

149 L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nr. 671; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 3-4; R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 447, p. 457 en p. 461 e.v.; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 259-261. Zie ook: J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nrs. 37-008 en 37-010.

en de schulden die deel uitmaken van de nalatenschap van de erflater.[150/151] De rechten van de begunstigden van de nalatenschap zijn gedurende de afwikkeling van de nalatenschap – in het bijzonder de vereffening – zelf zeer beperkt. Zij kunnen echter alleen van de 'personal representative' eisen dat hij de nalatenschap op een behoorlijke en juiste wijze afwikkelt en dat hij na de voltooiing van de vereffening van de nalatenschap overgaat tot verdeling, zodat de begunstigden al dan niet het overschot krachtens erfrecht verkrijgen.[152] Van een uitgebreide bundel van rechten en bevoegdheden zoals in het trustrecht aan een beneficiary van een trust is toegekend, is gedurende de vereffening derhalve geenszins sprake.

Heeft de erflater (*lees*: settlor) geopteerd om een 'testamentary trust' in te stellen, dan komt deze – anders dan in het geval van de 'inter vivos' trust – rechtsgeldig tot stand op het tijdstip dat de 'personal representative' van rechtswege de goederen en schulden van de nalatenschap verkrijgt.[153] Hoewel

150 Gelet op het feit dat de 'executor' bij uiterste wilsbeschikking is benoemd, verkrijgt hij de volledige eigendom – de 'title' (zowel de 'legal als 'equitable' title) – van alle goederen, alsook de schulden van de nalatenschap op het tijdstip van overlijden van de erflater. De uiterste wil waarin hij is benoemd, dient als geldige titel van overgang van de goederen en schulden van de nalatenschap. De 'grant of probate' dient enkel als bekrachtiging van dit feit. Een 'administrator' ontleent zijn 'title' echter aan de 'grant of letters of administration' en verkrijgt derhalve van rechtswege de goederen en schulden van de nalatenschap pas op het moment dat hij in het bezit is van de voornoemde 'grant'. Zie hiervoor: A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 3-4, p. 18, p. 56-57, p. 62-64, p. 556-561.

151 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 45-46; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 561; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 32-34 en p. 97.

152 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 26-27 en p. 916-917; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 339; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 45-46; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 3; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 558-559, p. 1371-1372; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 46-48; R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 586-587; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 32-34 en p. 97-98.

153 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 3-065 en 3-066; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 328-329; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 112. Zij hierbij opgemerkt dat hoewel er thans op dit punt geen consensus op bestaat, het bovenstaande de meest voorkomende visie is. Bepaalde auteurs in het Anglo-Amerikaanse recht denken hier evenwel anders over en zijn van mening dat de 'testamentary trust' pas tot stand komt op het tijdstip dat de trustgoederen aan de trustee worden toevertrouwd. Zie hiervoor o.a.: S. Wilson, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 28-30; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 186. Zie ook: P.S. Davies & G. Virgo, *Equity*

de 'testamentary' trust rechtsgeldig op dat moment tot stand is gebracht en daardoor de door de erflater nagelaten of vermaakte goederen onder trustverband zijn geplaatst, zijn de trustgoederen onderworpen aan de vereffening en kan de 'personal representative' deze te gelde maken voor zover dat noodzakelijk is voor de voldoening van de schulden van de nalatenschap.[154/155] Gedurende de vereffening hebben beneficiaries van een 'testamentary' trust – evenals de begunstigden van de nalatenschap – geen rechten en bevoegdheden ten aanzien van nalatenschapsgoederen waarop het trustverband rust. Zij hebben enkel het recht om via de trustee van de desbetreffende trust de behoorlijke vereffening en beheer van de nalatenschap door de 'personal representative' af te dwingen.[156]

Indien de erflater (*lees*: settlor) in zijn uiterste wil een andere persoon dan de 'personal representative' als trustee heeft benoemd, moet de 'personal representative' na de vereffening bij de verdeling van de nalatenschap ervoor zorgen dat de volledige eigendom (de 'legal title') van de trustgoederen op de juiste wijze wordt toevertrouwd aan deze trustee. Dit kan geschieden door een overdracht ('conveyance') aan de trustee of een eigendomsovergang door middel van een 'assent'.[157] In dat laatste geval verklaart de 'personal representative' dat de nalatenschapsgoederen niet meer onderworpen zijn aan de vereffening, met het gevolg dat deze verklaring een overgang van goederen

& Trusts. Text, Cases and Materials, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 30; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 56.

154 In het Anglo-Amerikaanse recht komt de 'testamentary' trust aldus tot stand onder voorbehoud van de eerbiediging van de rechten van crediteurs. Crediteurs van de nalatenschap hebben derhalve voorrang op de begunstigden van de nalatenschap, waaronder ook trustees. Zie hiervoor: L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nr. 973; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 855 e.v.

155 De tegeldemaking geschiedt in het Anglo-Amerikaanse erfrecht – tenzij de erflater anders heeft bepaald – volgens de in de wet aangegeven volgorde, waarbij de trustgoederen hiervoor niet als eerste in aanmerking komen . Zie hiervoor: Schedule 1, Pt. II van de Administration of Estates Act 1925; J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nrs. 38-002 t/m 38-005; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 828 e.v.

156 P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 97-169 en p. 200-201. Vgl. ook: L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nr. 995; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 21-016.

157 Section 36 van de Administration of Estates Act 1925; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 919; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 3; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 1370, p. 1377 en p. 1380; R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 596; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 282-283.

bewerkstelligt.[158] Dit effect kan worden vergeleken met een overgang onder algemene titel in het Curaçaose en het Nederlandse recht.

In bepaalde gevallen komt het ook voor dat de erflater de 'personal representative' van de nalatenschap tevens als trustee heeft benoemd. Ondanks het feit dat de werkzaamheden van 'personal representative' en trustee verschillend zijn, vervagen de scheidingslijnen wanneer de 'personal representative' de functie van trustee aanvaardt.[159] In dergelijke gevallen rijst de vraag op welk tijdstip de functie van 'personal representative' overgaat in die van trustee en of een wijziging van hoedanigheid tot een overgang van goederen leidt. Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Volgens het thans geldende recht is het tijdstip van de wijziging van de hoedanigheid van de 'personal representative' in die van de trustee afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij in ieder geval wordt vermoed een wijziging te hebben plaatsgevonden ingeval de vereffening is voltooid en is vastgesteld wat het overschot is.[160] Of een wijziging van hoedanigheid van de 'personal representative' naar de trustee gepaard gaat met een eigendomsovergang, is thans niet geheel duidelijk.[161]

---

158 Section 36 van de Administration of Estates Act 1925; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 1369-1370; R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 588-589.

159 Zie voor het onderscheid tussen 'personal representative' en trustee: L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nr. 611; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 650-651; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 45-46; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 3; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 44-46; R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 593-596; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 31-36; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 33-36; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 282-283.

160 A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 1370-1371; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 97. Dit betekent echter niet dat de 'personal representative' die nu trustee is, van rechtswege ontslagen wordt uit zijn aansprakelijkheid uit hoofde van zijn taakvervulling als 'personal representative'. De 'personal representative' wordt in beginsel voor het leven benoemd.

161 Thans is er in de Anglo-Amerikaanse juridische literatuur een debat gaande over de vraag of er bij de wijziging van hoedanigheid nogmaals een eigendomsovergang dient plaats te vinden, gezien het feit dat de 'personal representative' bij het optreden als trustee reeds eigenaar is van de trustgoederen. In *Re King's Will Trusts, Assheton v Boyne* [1964] Ch 542, p. 543 was bepaald dat bij een 'personal representative' die tevens trustee is, een wijziging van hoedanigheid en daarmee een eigendomsovergang van 'personal representative' naar trustee daadwerkelijk gerealiseerd wordt door middel van een 'assent'. In de literatuur wordt echter gesteld dat niet alle relevante jurisprudentie in deze zaak in acht is genomen. Alhoewel betoogd wordt dat een 'assent' bij de wijziging van hoedanigheid niet strikt

4.6 De formaliteiten bij de instelling van de 'private express' trust

Zoals in het vorenstaande is besproken, worden voor het ontstaan van een 'private express' trust aldus de volgende eisen gesteld:

1. de settlor dient te verklaren dat hij de bedoeling heeft om een trust te creëren ten bate van een aantal personen of doel, waarbij de aangewezen trustgoederen en de personen of groep der personen die (later) als beneficiary kunnen/kan worden aangemerkt, met voldoende zekerheid kunnen worden bepaald *('the three certainties')*;
2. de settlor dient de regels met betrekking tot de materiële beperkingen na te leven; en
3. de trustgoederen moeten aan de trustee worden toevertrouwd.

Wil de settlor de trust rechtsgeldig in het leven roepen, dan moet hij naast de bovengenoemde eisen een aantal formaliteiten in acht nemen. In het Anglo-Amerikaanse recht zijn de formaliteiten afhankelijk van het tijdstip van de totstandkoming van de 'private express' trust, alsmede van de aard van de goederen die onder trustverband worden geplaatst.

In het onderstaande zullen voor elk tijdstip van de totstandkoming van de 'express' trust de formaliteiten voor de wilsverklaring en de overdracht uiteen worden gezet, met dien verstande dat een eigendomsoverdracht (*lees ook*: eigendomsovergang) bij een 'declaration of trust' achterwege blijft. In dat geval moeten enkel de formaliteiten omtrent de wilsverklaring in acht worden genomen.

4.6.1 De 'inter vivos' trust

4.6.1.1 Wilsverklaring

Naar Anglo-Amerikaans goederenrecht zijn er aan de verklaring waarin de settlor gedurende zijn leven de trustintentie kenbaar maakt, in beginsel geen

---

noodzakelijk is, wordt in de rechtspraktijk – teneinde aan te tonen dat de 'personal representative' zijn taken als zodanig heeft beëindigd en om rechtsonzekerheid te voorkomen – gebruikgemaakt van een 'assent' – veelal in geval van onroerend goed – waarin de 'personal representative' verklaart dat hij de trustgoederen aan zichzelf toevertrouwt en hij voortaan zal optreden als trustee. Zie in dit kader o.a.: L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nrs. 1147, 1151 en 1152; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 651-652; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 1376 en p. 1378-1379: R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016, p. 597; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 36-37; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 282-283.

bijzondere formaliteiten verbonden.[162] Dit betekent dat de wilsverklaring in beginsel in iedere vorm kan geschieden. Een uitzondering hierop vormen de wilsverklaringen die zien op de creatie van trusts waarbij onroerend goed of (beperkte) rechten op onroerend goed aan de trustee worden toevertrouwd.[163] In dat soort gevallen wordt vereist dat de wilsverklaring schriftelijk moet worden gedaan.[164]

4.6.1.2 Overdracht

Indien de goederen worden toevertrouwd en aldus overgedragen aan de trustee, zijn de formaliteiten afhankelijk van de aard van de goederen die onder trustverband worden geplaatst.[165]

4.6.2 De 'testamentary' trust

4.6.2.1 Wilsverklaring

Terwijl er in beginsel geen bijzondere formaliteiten vereist zijn voor de wilsverklaring in geval van de 'inter vivos' trust, dient voor de wilsverklaring in geval

---

162 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 670-671 en p. 675-676; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 115; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 59; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 123-124; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 86 en p. 89;

163 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 675-676; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 115-116; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 199-202; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 59; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 119-120; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 86 en p. 89 t/m 91;

164 Section 53 (1)(b) van de the Law of property Act 1925.

165 Section 53 (1) jo. section 52 van de Law of Property Act 1925; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 674; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 3-008 t/m 3-020; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 199-202; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 59; P. S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 119-120; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 104 e.v.; . Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 200-205; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 86 en p. 89 t/m 91; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 113 e.v. Men denke bijvoorbeeld aan de overdracht van onroerend goed waarbij een daartoe bestemde akte, gevolgd door de inschrijving daarvan in de openbare registers vereist is.

van een 'testamentary' trust een aantal formaliteiten in acht te worden genomen.

De wilsverklaring die vereist wordt om de trustintentie kenbaar te maken voor de inwerkingtreding van de 'private express' trust na het overlijden van de settlor (*lees*: erflater), moet naar Anglo-Amerikaans erfrecht geschieden bij uiterste wilsbeschikking die in een testament of codicil is vervat met inachtneming van section 9 van de Wills Act 1837.[166]

4.6.2.2 Overdracht c.q. overgang

De formaliteiten die voor het toevertrouwen aan de trustee en aldus voor een overdracht c.q. overgang zijn vereist, zijn evenals in het geval van de overdracht in geval van de 'inter vivos' trust, afhankelijk van de aard van de goederen die onder trustverband worden geplaatst.[167]

4.7 Wat kan precies toevertrouwd worden aan de trustee bij een 'private express' trust?

In paragraaf 2.4.2 is reeds uiteengezet dat het typerende van de trust is dat al hetgeen onder trustverband wordt geplaatst, een geheel van afgescheiden goederen vormt. In het Anglo-Amerikaanse trustrecht kunnen in beginsel alle soorten goederen deel uitmaken van dit afgescheiden geheel. Men denke in

166 Section 9 (1) van de Wills Act 1837; J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nr. 3-005 t/m 3-032; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 671; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 115-116; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 59; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 217-219; P. S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 124-125; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 133-162; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 86 en p. 89- 90; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 113.

167 Section 53 (1) jo. section 52 van de Law of Property Act 1925; L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021, nrs. 1142 t/m 1147; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 674; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 3-008 t/m 3-020; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 217-219; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 59; P. S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 124-125; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 200-205; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 86 en p. 89- 90; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 113 e.v. Men denke in casu bijvoorbeeld aan het feit dat voor een overgang van onroerend door middel van een 'assent' een schriftelijke verklaring van de 'personal representative' is vereist.

casu onder andere aan roerende en onroerende zaken, 'legal en 'equitable'[168] interests, de in het binnenland of in het buitenland gelegen goederen, voorwaardelijk en onvoorwaardelijk verkregen goederen, materiële en immateriële goederen, en bestaande en toekomstige[169] goederen.[170]
De bovengenoemde goederen zijn in principe vatbaar voor overgang, tenzij:
- de wet of de aard van het recht zich tegen de overgang verzet;
- de overgang door middel van een beding in een overeenkomst is uitgesloten; of
- het onroerende zaken in het buitenland betreft en het plaatsen van deze zaken onder trustverband in strijd is met het recht van de staat op welks grondgebied de onroerende zaken zich bevinden (lex loci rei sitae).[171]

Kortom, alle goederen die behoren tot iemands vermogen en die vatbaar zijn voor beschikking kunnen onder trustverband worden geplaatst.

Ten aanzien van het begrip 'debt'[172] in de betekenis van 'schuld' is het

168 Een beneficiary uit een trust kan besluiten om zijn bundel van rechten en bevoegdheden – de 'equitable' interest – die hij van rechtswege toegekend heeft gekregen bij de totstandkoming van de trust, zelf onder trustverband te plaatsen. In dat geval ontstaat er een subtrust.

169 In beginsel kunnen toekomstige goederen niet onder trustverband worden geplaatst, omdat goederen op het tijdstip van plaatsing onder trustverband moeten bestaan, teneinde te voldoen aan de eis van de 'certainty of subject matter' en er derhalve goederen aanwezig zijn waarop het trustverband kan rusten. Het Anglo-Amerikaanse trustrecht maakt evenwel een uitzondering voor toekomstige vorderingen die zullen ontstaan uit een reeds bestaande rechtsverhouding waaraan een tegenprestatie ('*for value*') is gekoppeld. Dergelijke toekomstige vorderingen zijn dus wel vatbaar voor plaatsing onder trustverband. Zie in dit kader: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 2-036 t/m 2-039; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 69; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 204 en p. 245-246; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 207; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 123-124 en p. 133-134.

170 J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nrs. 8-001 t/m 8-005; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 2-034 t/m 2-041; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 88; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 6; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 74-75; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 79; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 240 e.v.; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 81-103; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 69.

171 P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 248-252.

172 In het Anglo-Amerikaanse recht heeft het begrip 'debt' een bredere betekenis dan in het Curaçaose of het Nederlandse recht. In casu duidt het begrip 'debt' op een vorderingsrecht. Zie in casu: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 61-59; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford:

van essentieel belang dat de continentale jurist zich realiseert dat gezien de aard van de trust, de schulden die voorafgaand aan de creatie van de trust bestaan en aldus onderdeel uitmaken van het vermogen van de settlor, in het Anglo-Amerikaanse trustrecht niet onder trustverband kunnen worden geplaatst.[173] Schulden die de trustee is aangegaan in de uitoefening van zijn functie en die dus het gevolg zijn van zijn trustrechtelijk handelen, behoren evenmin tot het 'trustfund' en kunnen in beginsel niet direct door schuldeisers worden uitgewonnen.[174] Wel is de trustee in het Anglo-Amerikaanse trustrecht jegens derden persoonlijk aansprakelijk voor schulden die hij aangaat in de uitoefening van zijn functie als trustee en is zijn privévermogen voor de desbetreffende schulden vatbaar voor verhaal.[175] Bij de voldoening van een in het kader van het trustbeheer aangegane schuld uit zijn privévermogen, heeft de trustee – indien hij conform de voorwaarden neergelegd in de trustakte heeft gehandeld – een recht op vergoeding uit het 'trustfund' dat voorrang heeft op aanspraken van beneficiaries.[176] Om de verhaalsmogelijkheden op

Oxford University Press 2019, p. 39-40; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 83; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 40-43; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 23-24; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 43.

173 In het Anglo-Amerikaanse wordt onder het begrip 'property' enkel 'assets', oftewel goederen verstaan. Over schulden zegt Smith het volgende: "The statement that liabilities are never held in trust seems to be a basic one; but it is *not* found in any book on the common law of trusts. Like many unstated truths, when it is brought into the light it reveals a great deal". Zie hiervoor: L.D. Smith, 'Trust and Patrimony', *Revue Générale de Droit* 2008/38, p. 395. Zie ook: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 45-46; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 74-75; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 16.

174 J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 476-477; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1087 e.v.;

175 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 9-010; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 25-26; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 496; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 476-477; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1088-1089; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 613-614.

176 Section 31 van de Trustee Act 2000; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 9-003 t/m 9-006, 19-044, 19-057 en 19-058; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 172-176; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 378-380; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 25-26; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 496; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1087;

zijn eigen vermogen te beperken, kan de trustee jegens de schuldeisers echter contractueel bedingen dat aan hem de bevoegdheid wordt toegekend om trustgoederen aan te wijzen waarop de schuldeiser verhaal kan halen of dat zijn aansprakelijkheid wordt beperkt tot een bepaald bedrag.[177] Hij kan eveneens ervoor kiezen om contractueel zijn aansprakelijkheid uit te sluiten. In deze specifieke situaties is rechtstreeks verhaal op het 'trustfund' aldus wel mogelijk. Nu dergelijke bedingen in de rechtspraktijk veelvuldig worden overeengekomen, kan worden geconstateerd dat desbetreffende schuldeisers een zekere mate van exclusiviteit voor trustgoederen genieten.[178]

4.8 De betrokkenen bij de 'private express' trust: wie kunnen optreden c.q. worden benoemd?

4.8.1 Settlor

Iedere natuurlijke persoon die handelingsbekwaam is en die derhalve over goederen kan beschikken, heeft de bevoegdheid om als settlor een trust in het leven te roepen.[179] Dit impliceert dat minderjarigen die de leeftijd van achttien jaren nog niet hebben bereikt, niet bevoegd zijn tot het oprichten van een trust .[180] Dit geldt eveneens voor een persoon die onder invloed is van

177 Section 31 van de Trustee Act 2000; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 19-011, 19-012 en 9-014 t/m 9-015; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 496; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 476-477; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1088-1089; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 614.

178 Voor een uitgebreide beschouwing over dit onderwerp zie: A. Ollikainen, *Asset Partitioning in the Trust* (diss. Oxford), Michigan: ProQuest Dissertations Publishing 2018, p. 23 e.v.

179 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 74; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 2-002; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 7; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 93; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 363;

180 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 74; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 2-003 t/m 2006; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 93-95; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 363-364. Zie ook: R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 40. De rechtshandeling die strekt tot de instelling van een 'inter vivos' trust die verricht is door een minderjarige is in het Anglo-Amerikaanse recht niet nietig, doch vernietigbaar. In het geval van een 'testamentary' trust is het bij hoge uitzondering voor een minderjarige mogelijk om een 'testamentary' trust in te stellen indien er sprake is van buitengewone omstandigheden. Men denke hierbij

een geestelijke stoornis, tenzij hij in staat is om tot een redelijke waardering van zijn belangen te komen of indien hij ten tijde van de oprichting niet onder invloed van de geestelijke stoornis verkeerde.[181]

Behalve natuurlijke personen zijn ook rechtspersonen bevoegd om als settlor op te treden bij de creatie van een trust. In dat geval is de oprichting echter slechts mogelijk, indien de bevoegdheid tot oprichting van een trust krachtens de statuten van de rechtspersoon is toegekend en de bestuurders binnen hun vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn gebleven.[182]

4.8.2 Trustee

Net als in het geval van een settlor, kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen als trustee fungeren. Voor de benoeming van natuurlijke personen en rechtspersonen als trustee, zijn de regels die voor de settlor gelden omtrent de bevoegdheid tot oprichting bij natuurlijke en rechtspersonen, mutatis mutandis van toepassing.[183] Tevens is het mogelijk dat een trustee (natuurlijke of rechtspersoon) tezamen met andere personen (zijnde natuurlijke of rechtspersonen) kan optreden als trustees.[184]

Onder omstandigheden is het onwenselijk om natuurlijke personen en/of rechtspersonen als trustee te benoemen.[185] Dit is het geval indien een persoon veroordeeld is voor misdrijven van economische aard, failliet is verklaard of in de situatie waarin sprake is van een belangenconflict op het moment dat

bijvoorbeeld aan een minderjarige die als militair wordt uitgezonden of een minderjarige matroos op een schip in tijden van oorlog.

181 J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nr. 4-003 e.v.; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 74; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 2-007 t/m 2-010; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 93-95; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 365-370; R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021, p. 40-50.

182 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 2-002; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 7; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 371.

183 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 2-014 en 2-016, 2-019 en 2-020; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 769-780; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 10; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 478; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 363; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 8.

184 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 770.

185 Dit speelt met name een rol wanneer een trust is opgericht ten behoeve van minderjarigen.

de persoon als trustee wordt benoemd.[186] In de voornoemde gevallen zijn deze personen *handelingsonbevoegd* en kunnen zij derhalve niet als trustee worden benoemd.

4.8.3 Beneficiary

Rechtspersonen en natuurlijke personen die handelingsbekwaam zijn en die aldus over goederen kunnen beschikken, kunnen beneficiary zijn.[187] In afwijking van deze regel kunnen tevens minderjarigen beneficiary zijn van alle soorten goederen, evenals een persoon met een geestelijke stoornis die niet bevoegd is om als trustee op te treden.[188] Voorts kunnen in het Anglo-Amerikaanse trustrecht personen die op het moment van de creatie van de trust nog niet bestaan, beneficiary zijn, mits deze voldoende bepaalbaar zijn.[189]

Een settlor kan beneficiary[190] of één van de beneficiaries zijn van een trust die hij zelf in het leven heeft geroepen.[191] Ook voor de trustee is het mogelijk om beneficiary te zijn, doch hij kan als enige trustee niet de enige beneficiary zijn. De achterliggende reden hiervan is dat een trust niet kan bestaan, indien zowel de 'legal interest' als de 'equitable interest' in één persoon zijn verenigd.[192] Derhalve mag de formele beschikkingsmacht en het recht van de beneficiary – voor het bestaan van de trust – niet enkel in één hand zijn.

---

186 Zie ook: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 2-2022 en 2-024. Vgl. ook: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 783; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 263.

187 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 2-025, 2-028 en 2-029; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 11; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 373-374; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 6.

188 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 2-025; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 11; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 373-374;

189 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 11. Zie ook paragraaf 2.4.3.3.

190 In dat geval is er sprake van een 'bare' trust, waarbij de settlor de enige beneficiary is. Zie hiervoor: G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 22.

191 P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 375; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 7-8.

192 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 10; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 375; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 7-8.

4.8.4 Protector

Naast de rol van settlor, trustee en beneficiary, kennen sommige trusts – met name in offshore jurisdicties – de functie van protector. De term 'protector' wordt over het algemeen gebruikt om een persoon te beschrijven die – onafhankelijk van de trustees van een trust – toezicht houdt op het beheer van de trust en aldus controle uitoefent op de wijze waarop trustees hun trustrechtelijke taken uitoefenen.[193] De functie van protector is doorgaans fiduciair van aard en de invulling van zijn rol bij het beheer van de trust is afhankelijk van hetgeen is neergelegd in de trustvoorwaarden.[194] De functie van protector komt in onshore 'common law' jurisdicties relatief weinig voor en de bevoegdheden die normaliter aan een protector zijn toegekend, worden in deze jurisdicties veelal uitgeoefend door personen aan wie één of meer 'powers' zijn verleend.[195/196]

De bevoegdheid om als protector op te treden is afhankelijk van de strekking van de bevoegdheden die aan de protector zijn toegekend, alhoewel de regels met betrekking tot de bevoegdheid om als settlor een trust in te stellen en om als trustee te fungeren, grotendeels mutatis mutandis van toepassing

193 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 639; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 82-83; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 4-5, p. 47-49 en p. 997 e.v.; D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 195-198; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 672. Zie ook: D. Waters,' The Protector: New wine in Old Bottles', in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 63-119.

194 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-045 en 28-047; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 82-83; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 418; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 997 e.v.; L.A. Frolik, 'Trust Protectors: Why they have become "the next big thing"', *Real Property, Trust and Estate Law Journal* 2015/50, p. 273-276; D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 195-198; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 672-673. Zie ook: L.A. Frolik, 'Trust Protectors: Why they have become "the next big thing"', *Real Property, Trust and Estate Law Journal* 2015/50, p. 288-293.

195 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 639; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-044; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 82-83; D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 198-200. Vgl. ook: R.C. Ausness, 'The role of Trust Protector in American Trust Law', *Real Property, Trust and Estate Law Journal* 2010/45, p. 319-354. Vgl. ook: R. Nolan, 'Trustees and Third-Party Powers', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 57-75.

196 Zie voor 'powers' paragraaf 2.5.

zijn.[197] Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen als protector worden benoemd.

4.9 De benoeming en het ontslag van de trustee bij een 'private express' trust

Het is van fundamenteel belang dat zowel de benoeming als het ontslag van trustees op de juiste wijze geschiedt. Is dit niet het geval, dan kunnen diverse problemen ontstaan die negatieve gevolgen kunnen hebben voor de effectieve werking van de trust. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan oude trustees die aansprakelijk blijven voor trustrechtelijke verplichtingen ingeval een ontslag niet op de voorgeschreven wijze is verleend of nieuwe trustees die vanwege strijdigheid met de regels omtrent een benoeming, niet de volledige eigendom van de trustgoederen in hun hoedanigheid als trustee verkrijgen. In het onderstaande wordt kort uiteengezet hoe de benoeming en het ontslag in het Anglo-Amerikaanse trustrecht plaatsvinden en wat de gevolgen hiervan voor de trust zijn.

4.9.1 De benoeming van trustee

4.9.1.1 De eerste benoeming van een trustee

De benoeming van de eerste trustee(s) op het moment van de oprichting van de trust geschiedt bij trustakte c.q. uiterste wil.[198] De totstandkoming van de trust heeft tot gevolg dat de settlor zijn benoemingsbevoegdheden verliest, tenzij hij zich de bevoegdheid om nieuwe trustees te benoemen na de instelling van de trust – de zogenoemde 'power of appointment of new trustees' – heeft voorbehouden. Daarnaast kan hij ook kiezen om deze benoemingsbevoegdheden aan een andere persoon toe te kennen.[199]

---

197 Zie ook: L.A. Frolik, 'Trust Protectors: Why they have become "the next big thing", *Real Property, Trust and Estate Law Journal* 2015/50, p. 282-287.

198 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 772; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 371; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 244; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 545-546; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 482-483.

199 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 772; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 371; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 772-773; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 545; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 401-403.

Voorts moet de trustee in spe, om zijn functie als trustee te bekleden, het trusteeschap aanvaarden.[200] De aanvaarding geschiedt hetzij door de uitvoering van de trustakte c.q. uiterste wil of kan besloten liggen in bepaalde gedragingen.[201]

Op het moment dat de trustee zijn functie heeft aanvaard, worden de goederen die onder trustverband worden geplaatst aan hem toevertrouwd en komt de 'express' trust tot stand.[202]

4.9.1.2 De benoeming van een trustee ter vervanging van een andere trustee of uitbreiding van een groep trustees

Trustees kunnen niet alleen bij de totstandkoming van de trust worden benoemd, doch ook gedurende het bestaan van de trust, hetzij ter vervanging van een andere trustee of ter uitbreiding van de groep der trustees.

De benoeming van nieuwe trustees gedurende het bestaan van de trust kan op vier wijzen geschieden, namelijk:

- door een benoemingsbeding in de trustakte c.q. uiterste wil, de zogenoemde 'power of appointment of new trustees';
- bij unaniem besluit van de beneficiaries, zolang zij allen wils- en handelingsbekwaam zijn;

---

200 De aanvaarding is géén constitutief vereiste voor de totstandkoming van de trust. De trustee kan ook kiezen om het trusteeschap te verwerpen. In dat geval komt een 'resulting' trust tot stand totdat een trustee de functie aanvaardt: P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 537-538; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 251 t/m 253.

201 Dit is het geval waarin de beoogde trustee, door bepaalde handelingen te verrichten en zich te gedragen als een trustee, als trustee kan worden beschouwd. Zie in dit kader: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 369; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 244, 247 t/m 250; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 629-631.

202 Het ontbreken van een trustee belet de totstandkoming van de trust in het Anglo-Amerikaanse recht niet. In geval van een 'inter vivos' trust ontstaat er een 'resulting trust' totdat een trustee wordt benoemd. Is er sprake van een 'testamentary' trust, dan worden bij het ontbreken van een trustee, de 'personal representatives' de tijdelijke trustees totdat nieuwe trustees worden benoemd. Zie hiervoor: section 18 van de Trustee Act 1925; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 772; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 14-002 en 4-003; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 246 en 247; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 538; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 483; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1011-1012; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 402-403.

- krachtens een wettelijke bevoegdheid; of
- door de rechter.[203]

De benoeming van de trustee in bovengenoemde gevallen geschiedt – behoudens de benoeming door de rechter – vrijwel altijd bij akte. Wanneer er een geschil is over de benoeming, dan wel niemand tot benoeming bevoegd is, heeft de rechter de bevoegdheid om de trustee te benoemen.[204]

Wil de beoogde trustee als trustee van de trust optreden, dan dient hij net als op het moment van de creatie, het trusteeschap te aanvaarden. Evenals bij de benoeming bij de totstandkoming van de trust, vindt de aanvaarding plaats wanneer de persoon – door bepaalde handelingen te verrichten – zich gedraagt als een trustee, of door de uitvoering van de akte van benoeming van de trustee.[205]

Voorts moeten de trustgoederen aan de nieuwe trustee – op het moment van de aanvaarding van zijn trusteeschap – worden toevertrouwd en dienen de goederen op zijn naam te worden ingeschreven, zodat hij na de aanvaarding, (mede)eigenaar wordt van het 'trustfund'.[206] In beginsel vindt het toevertrouwen plaats door middel van een overdracht van de trustgoederen aan de trustee. Echter, indien de benoeming van het trusteeschap door de uitvoering van een akte van benoeming van de trustee is gerealiseerd, gaat het

203 Section 36 van de Trustee Act 1925; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 772-778; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 15-001 t/m 15-046 en 15-080 t/m 15-102; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 371-375; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 257, 264 t/m 269, 276, 284, 287 en 288; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 546-556; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 483-488; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1021-1047; B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p. 311-320; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 638-648. Zie ook: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 16-001 e.v.;G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 650-653.

204 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 553 e.v.;

205 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 369; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 244, 247 t/m 250; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 629-631.

206 Section 37 (1)(d) van de Trustee Act 1925.

'trustfund' van rechtswege over op de nieuwe trustee, tenzij de akte anders bepaalt en behoudens enkele specifieke wettelijke uitzonderingen.[207/208]

Zodra de aanvaarding van het trusteeschap heeft plaatsgevonden en de trustgoederen zijn overgegaan, is de trustee, al dan niet tezamen met zijn co-trustees, belast met het beheer van de trust en dient hij zijn trustrechtelijke verplichtingen uit te oefenen.

4.9.2 Het einde van de hoedanigheid en ontslag van een trustee

In het Anglo-Amerikaanse trustrecht kunnen trustees op de volgende wijzen worden ontslagen:

- van rechtswege als gevolg van onder andere het overlijden van de trustee of in de bij trustakte c.q. uiterste wil genoemde gevallen;
- door de rechter;
- door de uitoefening van een beëindigingsbeding toegekend aan een persoon krachtens de trustakte c.q. uiterste wil, de zogenoemde 'power of removal of trustees';
- bij unaniem besluit van de beneficiaries, zolang zij allen wils- en handelingsbekwaam zijn;
- krachtens een wettelijke bevoegdheid;
- door ontslag op eigen verzoek, mits er tenminste twee trustees overblijven of een rechtspersoon als trustee optreedt en de personen aan wie een bevoegdheid om nieuwe trustees te benoemen is verleend, instemmen met het ontslag.[209]

---

207 Section 40 van de Trustee Act 1925; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 778-779; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 17-001 e.v.; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 375; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 305 t/m 309. 316 en 319 e.v.; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 488-491; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1048 e.v.; B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p. 320-321; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 654-660.

208 De wettelijke uitzonderingen ingevolge section 40 (4) van de Trustee Act 1925 zijn: de eigendomsoverdracht van onroerend goed waarop een hypotheekrecht is gevestigd tot zekerheid van een lening voor de trust, overeenkomsten met betrekking tot (rechten op) onroerend goed waarin een beschikkingsverbod is opgenomen en waarbij een overdracht slechts mogelijk is ingeval toestemming is verleend voorafgaand aan de betreffende overdracht of indien een aandelenoverdracht plaatsvindt. In dat soort gevallen dient het toevertrouwen plaats te vinden door middel van een overdracht van de trustgoederen aan de trustee (*transfer in trust*).

209 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 781-783; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 14-004 t/m 14-61 en 14-065 t/m 14-085; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*,

Het ontslag en daarmee de beëindiging van de hoedanigheid van de trustee geschiedt bij de vier laatstgenoemde gevallen – evenals in geval van de benoeming – nagenoeg altijd bij akte.

Is de trustee ontslagen en is zijn hoedanigheid ten gevolge hiervan beëindigd, dan vindt met betrekking tot het deel van de eigendom dat toebehoorde aan hem in zijn hoedanigheid als trustee, aanwas plaats en krijgen de overige trustees de eigendom naar evenredigheid van de hun toekomende delen.[210] Ingeval er geen overgebleven trustees zijn en er kunnen geen nieuwe trustees worden benoemd, dan keren de trustgoederen – tenzij bepaald is dat het 'trustfund' aan de beneficiaries moeten worden overgedragen – in beginsel terug naar het vermogen of de nalatenschap van de settlor.[211]

4.10 Het karakter van de rechtsverkrijging

Zoals reeds is uiteengezet, worden naar Anglo-Amerikaanse trustrecht de goederen die onder trustverband zijn geplaatst, veelal via een 'transfer in trust' ofwel een overdracht, verkregen door de trustee. Daarnaast heeft de settlor tevens de mogelijkheid om door middel van een eenzijdige wilsverklaring, de declaration of trust, zelf als trustee te fungeren zonder enigerlei overgang. Ten slotte vindt er bij een 'assent'[212] en de benoeming en het ontslag van trustees – indien aan de wettelijke vereisten is voldaan – van rechtswege een overgang van goederen plaats.

In tegenstelling tot het Curaçaose en het Nederlandse privaatrecht, kent het Anglo-Amerikaanse trustrecht de termen 'rechtsverkrijging onder algemene en bijzondere titel' niet. Wel kan de 'transfer in trust', een 'assent' en de benoeming en het ontslag van trustees bij akte in continentale begrippen zo worden uitgelegd, dat in het eerste geval sprake is van een rechtsverkrijging onder bijzondere titel en in de laatste twee gevallen in beginsel een rechtsver-

---

Oxford: Oxford University Press 2020, p. 376-378; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 328 en 336 t/m 339; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 556-562; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 492-495; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1010-1021; B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p. 323-325; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 628-638.

210 Section 39 (2) jo. section 40 (2) van de Trustee Act 1925; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 772 en p. 782; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 14-062 en 14-063.

211 Zie ook: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 772 en p. 782; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 246.

212 Voor de uiteenzetting van de 'assent' zie paragraaf 2.4.5.2.

krijging onder algemene titel. Er vindt derhalve een verschuiving van de trustgoederen plaats van de settlor naar de trustees, respectievelijk van trustee c.q. 'personal representative' naar (nieuwe of overige) trustee, met dien verstande dat de goederen wel een geheel van afgescheiden goederen vormen c.q. blijven. In de situatie dat de settlor krachtens een 'declaration of trust' een 'express' trust in het leven heeft geroepen, is sprake van een rechtsverkrijging onder algemene titel, noch van een rechtsverkrijging onder bijzondere titel. In dit specifieke geval kan er ongetwijfeld *niet* gesproken worden van enige eigendomsovergang. De consequentie hiervan is dat er geen sprake is van een verschuiving van de trustgoederen. Via een eenzijdige verklaring worden aldus goederenrechtelijke rechten in het leven geroepen zonder dat een verschuiving van goederen heeft plaatsgevonden.

4.11 Het karakter van het recht van de beneficiary[213]

Zodra de 'private express' trust rechtsgeldig is ingesteld en de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de beneficiary tot stand is gebracht, verwerft de beneficiary (*lees ook*: potentiële beneficiary) rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies die betrekking hebben op het beheer van de trustgoederen en de uitvoering van de trust. In het Anglo-Amerikaanse trustrecht worden deze rechten overkoepelend aangeduid als de 'equitable interest', ofwel 'het recht van de beneficiary'. Indien de beneficiary zijn recht niet kan uitoefenen en in rechte kan afdwingen, dan is er geen sprake van een rechtsgeldige trust. Het recht van de beneficiary en de uitoefening ervan is in beginsel fundamenteel voor het bestaan van de 'private express' trust.[214/215]

Het recht van de beneficiary heeft in het Anglo-Amerikaanse trustrecht door de eeuwen heen een bijzondere ontwikkeling doorgemaakt en is nog altijd omstreden. Aanvankelijk had het recht van de beneficiary een zuiver persoonlijk karakter en omvatte enkel het recht op nakoming van de trustrechtelijke verplichtingen jegens de trustee.[216] Later vertoonde het recht van de

213 Waar in deze paragraaf wordt gesproken over de beneficiary, wordt tevens de potentiële beneficiary bedoeld, tenzij anders is vermeld.

214 Dit wordt in het Anglo-Amerikaanse trustrecht aangeduid als de 'beneficiary principle'.

215 *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, p. 253; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 337; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 491; J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022, p. 317-319; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 231-232.

216 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 217; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press

beneficiary steeds meer goederenrechtelijke trekken en verkreeg de beneficiary – naast de persoonlijke rechten jegens de trustee – tevens goederenrechtelijke rechten en remedies die hij onder (bijzondere) omstandigheden ook jegens derden kon doen gelden.[217]

Het feit dat het Anglo-Amerikaanse recht op de precedentwerking van rechterlijke uitspraken is gestoeld, de codificatie van het trustrecht en derhalve de systematiek van de wet ontbreekt en het Anglo-Amerikaanse jargon wordt gebezigd, kan in het continentale recht tot verwarring leiden bij de bestudering van het recht van de beneficiary.[218] Het is derhalve van essentieel belang om in dit kader de terminologie in het Anglo-Amerikaanse recht in de juiste context te plaatsen.

Thans heeft het recht van de beneficiary in het Anglo-Amerikaanse trustrecht een hybride karakter en behelst het een bundel van rechten, bestaande uit zowel verbintenisrechtelijke als goederenrechtelijke rechten, bevoegdheden en remedies.[219] De precieze aard van dit recht is echter naargelang de strekking van het trustverband. Dit impliceert dat het recht van de beneficiary afhankelijk is van het soort trust dat in het leven is geroepen en de specifieke voorwaarden die zijn opgenomen in de trustakte, hoewel iedere beneficiary – ongeacht de strekking van het trustverband – een aantal basisrechten, bevoegdheden en remedies heeft.[220]

2010, p. 159-161; D. Waters, 'The Nature of Trust Beneficiary's Interest', *The Canadian Bar Review* 1967/45, p. 219-226.

217 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 218; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 159-161; D. Waters, 'The Nature of Trust Beneficiary's Interest', *The Canadian Bar Review* 1967/45, p. 219-226.

218 In het continentale recht zou – anders dan in het Anglo-Amerikaanse recht – op grond de systematiek van de wet bijvoorbeeld een afzonderlijke titel of afdeling over de rechten, bevoegdheden en de remedies van een beneficiary worden opgenomen, teneinde duidelijkheid te scheppen.

219 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 491; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 159 en p. 930-931.

220 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 337; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 491.

4.11.1 De belangrijkste basisrechten, bevoegdheden en remedies van een (potentiële) beneficiary

4.11.1.1 Het recht op behoorlijk beheer van de trust

Iedere beneficiary van een 'private express' trust heeft recht op behoorlijk beheer van de trust door de trustee.[221] Dit houdt in dat de beneficiary een persoonlijk recht heeft jegens de trustee dat gebaseerd is op diens zorgplicht ten aanzien van het trustfonds. De belangrijkste rechten die onder het recht op behoorlijk beheer van de trust vallen, betreffen het recht op rekening en verantwoording, het recht op informatie en het recht op inzage van de trustdocumenten. In het onderstaande zal kort op deze rechten worden ingegaan.

4.11.1.1.1 Het recht op rekening en verantwoording

Het recht op behoorlijk beheer van de trust omvat allereerst het recht van de beneficiary om rekening en verantwoording van de trustee te verlangen.[222] De beneficiary dient door de trustee periodiek te worden ingelicht over de wijze waarop de trust wordt beheerd. Een beneficiary kan echter op grond van het voorgaande de trustee niet bevelen om af te wijken van de trustvoorwaarden.[223]

4.11.1.1.2 Het recht op informatie

Naast het recht op rekening en verantwoording door de trustee, hebben alle beneficiaries uit hoofde van hun hoedanigheid jegens de trustee het recht om geïnformeerd te worden over het feit dat zij beneficiaries zijn van een trust.[224] Kennis van het bestaan van de trust is derhalve cruciaal voor de uitoefening van het recht van de beneficiary en daarmee ook het recht op behoorlijk beheer

221 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 340; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 494 en p. 500; P.G. Turner, 'The Entitlements of Objects as Defining Features of Discretionary Trusts', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 248-249.

222 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 340; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 494.

223 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 340; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 494.

224 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 340; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 501; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 382; C. Mitchell, 'Disclosure of Trust Information to Discretionary Beneficiaries', *Law Quarterly Review* 1999/115, p. 206.

van de trust.[225] Zonder kennis van het bestaan van de trust zou een beneficiary belemmerd worden in de (effectieve) uitoefening van de door hem verworven rechten, hetgeen in strijd is met het beginsel dat een trust in beginsel enkel bestaansrecht heeft, wanneer beneficiaries door middel van hun rechtens afdwingbare rechten, kunnen toetsen of de trustee in overeenstemming heeft gehandeld met zijn trustrechtelijke verplichtingen en de algemene regels van het trustrecht.[226]

4.11.1.1.3 Het recht op inzage van trustdocumenten

Teneinde toezicht te kunnen houden op het beheer van de trust en de wijze waarop de trustrechtelijke taken door de trustees worden vervuld, is het voor beneficiaries van belang om toegang te hebben tot documenten die betrekking hebben op het beheer en de administratie van de trust. Dientengevolge heeft iedere beneficiary de mogelijkheid om een verzoek tot verlening van inzage van de trustdocumenten bij de rechter in te dienen.[227] Dit betekent evenwel niet dat de beneficiary van rechtswege inzage heeft in alle trustdocumenten. Welke trustdocumenten beneficiaries precies kunnen inzien, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij rekening wordt gehouden met het belang van de desbetreffende beneficiary.[228] Veelal heeft de beneficiary inzage in enkel díe documenten die betrekking hebben op zijn specifieke verzoek en die significant zijn voor de effectieve uitoefening van zijn recht.

---

225 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 501; G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 930; L. Ho, 'Trustees' duties to provide information', in: E. Bant & M. Harding, *Exploring Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 346-347; D.J. Hayton, 'The Irreducible Core Content of Trusteeship', in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 49-50. Zie ook: *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, p. 253.

226 G.W. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 930; L. Ho, 'Trustees' duties to provide information', in: E. Bant & M. Harding, *Exploring Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 347-353; D.J. Hayton, 'The Irreducible Core Content of Trusteeship', in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 49-50.

227 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 341-342 en p. 344-346; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 496-499 en p. 501; P.G. Turner, 'The Entitlements of Objects as Defining Features of Discretionary Trusts', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 250; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 387-389. Zie ook: T. H. Tey, 'Trustee's Duty of Disclosure', *Singapore Academy of Law Journal* 2012/24, p. 191-222.

228 *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] UKPC 26; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 341-342 en p. 344-346; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 501-506; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 389-391 en p. 393-397. Zie ook: G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 398-400 en C. Mitchell, 'Disclosure of Trust Information to Discretionary Beneficiaries', *Law Quarterly Review* 1999/115, p. 207-208.

4.11.1.2 *De bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust (Sauders v Vautier rule)*

Een bijzondere bevoegdheid die aan beneficiaries van een 'private express' trust in het Anglo-Amerikaanse trustrecht is toegekend, betreft de bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust krachtens de zogeheten 'Saunders v Vautier rule'.[229] Naar Anglo-Amerikaans recht hebben alle beneficiaries van een trust die tezamen een onvoorwaardelijk en onaantastbaar recht in het trustfonds hebben en die zowel wilsbekwaam als handelingsbekwaam zijn, tezamen de bevoegdheid om over te gaan tot de vroegtijdige ontbinding van de trust en onderling te bepalen op welke wijze de verdeling van het trustfonds dient te geschieden.[230] Deze bevoegdheid kan evenwel uitsluitend worden uitgeoefend indien een besluit tot ontbinding van de desbetreffende trust is genomen met unanimiteit van de stemmen.[231] Het gevolg hiervan is dat iedere beneficiary een recht op overdracht van de trustgoederen verkrijgt en de trustee – ondanks het feit dat de settlor in de trustvoorwaarden anders heeft bepaald – verplicht is om mee te werken aan de verdeling.[232] De 'Saunders v Vautier rule' maakt derhalve een inbreuk op de testeervrijheid van de erflater

229 Deze regel is vernoemd naar de uitspraak Saunders v Vautier waarin deze bevoegdheid voor het eerst aan een beneficiary is toegekend. Zie hiervoor: *Saunders v Vautier* [1841] 4 Beav 115.

230 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 69-72; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 526-530; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 5 en p. 978-979; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 161-166 en p. 173-177. Zie ook: P. Matthews, 'The comparative importance of the rule in Saunders v. Vautier', *Law Quarterly Review* 2006/122, p. 266-294; D. Waters, 'Does the rule in Saunders V. Vautier include the power of beneficiaries to vary the terms of the trust?', *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2013/33, p. 78-79.

231 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 343; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 70-71; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 527; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 5 en p. 978-979; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 162.

232 *Stephenson v Barclays Bank Trust Co. Ltd* [1975] 1 WLR 882, p. 889; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 527; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 978-979. Zie ook: G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 166-167. Zie ook: D. Waters, 'Does the rule in Saunders V. Vautier include the power of beneficiaries to vary the terms of the trust?', *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2013/33, p. 78-79.

en de vrijheid c.q. autonomie van de settlor tot de volledige vaststelling van de trustvoorwaarden.[233]

4.11.1.3 Remedies van de beneficiary bij onbehoorlijk beheer van de trust[234]

Zoals meermalen is uiteengezet, is de trustee verantwoordelijk voor het beheer van de onder trustverband geplaatste goederen en dient hij zijn trustrechtelijke verplichtingen overeenkomstig het algemene trustrecht en de trustvoorwaarden te vervullen. Het kan voorkomen dat de trustee zijn boekje te buiten gaat en in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen handelt, waardoor er sprake is van onbehoorlijk beheer oftewel een 'breach of trust'. In dergelijke gevallen heeft iedere beneficiary – ongeacht de strekking van het trustverband – de mogelijkheid om nakoming van de trustrechtelijke verplichtingen te vorderen, dan wel schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, indien het trustfonds schade heeft geleden.[235]

Voorts komt in het Anglo-Amerikaanse recht aan iedere beneficiary van een 'private express' trust een goederenrechtelijke opvorderingsactie toe, indien een onbevoegde vervreemding c.q. bezwaring van een trustzaak door de trustee heeft plaatsgevonden. Iedere beneficiary is dan bevoegd de desbetreffende trustzaak – behoudens derdenbescherming – op te eisen van de derdeverkrijger die het trustgoed in zijn bezit heeft.[236] Ingeval van een succesvol beroep, keert de trustzaak terug naar de trust en wordt de trustee opnieuw rechthebbende. Onder omstandigheden kan een (potentiële) beneficiary eveneens een wettelijk zekerheidsrecht verwerven. In dat geval is hij bevoegd om

---

233 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 69-70; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 528; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 161.

234 Vanwege de complexiteit van het recht van de beneficiary in het trustrecht en voor een beter begrip hiervan zullen de remedies die aan de (potentiële) beneficiary toekomen in het Anglo-Amerikaanse recht en de remedies van de (potentiële) begunstigde in het Curaçaose recht tezamen worden uiteengezet. Zie hierover uitgebreid paragraaf 3.3.9.

235 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 861; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 340 en p. 343; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 494-495; P.G. Turner, 'The Entitlements of Objects as Defining Features of Discretionary Trusts', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 250; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 219;

236 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 861; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 338 en p. 343; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 492-493 en p. 500; P.G. Turner, 'The Entitlements of Objects as Defining Features of Discretionary Trusts', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 250. Zie ook: *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669, p. 705.

– ter bescherming van het trustfonds, dan wel ter compensatie van het verlies van de eigendom van een trustgoed – de waarde van het goed waarover de trustee in 'breach of trust' heeft beschikt, in geld bij voorrang te verhalen boven andere schuldeisers van de trustee.

4.11.2 Bijzondere rechten en bevoegdheden van een beneficiary

Het antwoord op de vraag welke andere rechten, bevoegdheden en remedies een beneficiary naast zijn basisrechten, bevoegdheden en remedies heeft, is – zoals reeds is uiteengezet – afhankelijk van het soort trust dat is ingesteld en de in de trustakte neergelegde voorwaarden. In dat geval is relevant of de desbetreffende beneficiary al dan niet een economisch belang heeft verworven.[237]

Zo heeft bijvoorbeeld een beneficiary die een aandeel in het trustfonds en daarmee een economisch belang heeft verworven, een recht op uitkering of kapitaal uit de trust dat vatbaar is voor overdracht.[238] Daarnaast kunnen potentiële beneficiaries die nog geen aandeel en aldus geen economisch belang in het trustfonds hebben, onder meer in rechte vorderen dat de trustee bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid tot de aanwijzing van beneficiaries, moet overwegen of hij de desbetreffende potentiële beneficiary al dan niet aanwijst als daadwerkelijke beneficiary.[239]

4.12 De 'charitable' trust

In het vorenstaande zijn steeds 'private express' trusts aan bod gekomen: deze worden ingesteld ten bate van personen die als beneficiaries kunnen worden aangemerkt en die hun rechten en bevoegdheden voortvloeiend uit het trustverband – het recht van de beneficiary – in rechte kunnen afdwingen. Trusts kunnen echter ook in het leven worden geroepen ter behartiging van maatschappelijke belangen. In dat geval is er sprake van de zogeheten 'charitable'

237 In dit kader wordt er een onderscheid gemaakt tussen een 'fixed' trust en een 'discretionary' trust'. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de 'fixed' en de 'discretionary' trust paragraaf 2.5.8.2.

238 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 55; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 167.

239 *McPhail v Doulton* [1971] AC 424, p. 456-457; *Murphy v Murphy* [1999] 1 WLR 282; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 343; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 501; P.G. Turner, 'The Entitlements of Objects as Defining Features of Discretionary Trusts', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 249; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 172. Zie ook paragraaf 2.5.8.2.1

trust, die een sub-categorie vormt van de 'express' trust. De 'charitable' trust zal in het onderstaande kort worden behandeld.[240]

Een 'charitable' trust is een trust die het algemeen nut tot doel heeft. Ingevolge het Anglo-Amerikaanse recht kan een 'charitable' trust enkel als zodanig worden aangemerkt, indien er voldaan wordt aan de navolgende vereisten:

a. het doel van de trust valt onder de in de wet of jurisprudentie aangewezen doeleinden die als charitatief worden beschouwd;[241]
b. het doel moet worden nagestreefd ten behoeve van het algemeen belang;[242]
c. de trust die in het leven is geroepen is uitsluitend bestemd tot het dienen van het algemeen nut, in het bijzonder charitatieve doeleinden;[243]
d. de trust is ingesteld teneinde louter het in de trustakte omschreven charitatief doel na te streven;[244] en
e. de 'charitable' trust valt onder de rechtsmacht van de High Court met betrekking tot het recht omtrent charities[245].[246]

---

240 Voor een uitgebreide analyse van het recht omtrent charities en de 'charitable trust' zie: W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015; H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex: Bloomsbury Professional 2010.

241 Section 3 (1) jo. section 2 jo. section 1 (2) Charities Act 2011. Zie ook: W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015, nrs. 2-007 t/m 2-68.

242 Section 4 Charities Act 2011. Of sprake is van 'algemeen belang' oftewel 'public benefit', is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij het bepalen of aan het vereiste 'algemeen belang' is voldaan, is in ieder geval van belang dat de settlor van de trust geen persoonlijke band heeft met degenen die eventueel zullen profiteren van een uitkering uit de trust. Er dient derhalve voldoende afstand te zijn tussen de settlor en de personen die in aanmerking komen voor een uitkering uit de 'charitable trust. Om charitatieve instellingen daarmee te helpen, heeft de Charity Commission specifieke richtlijnen gepubliceerd. Zie hiervoor: Charity Commission, *Public benefit: the public benefit requirement*, 2013. Zie ook: P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 189 e.v.

243 Section 1 (1) Charities Act 2011. De trust mag derhalve op geen enkele wijze niet-charitatieve doeleinden nastreven.

244 W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015, nr. 7-005 e.v.

245 Section 1 (1) Charities Act 2011; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 185-204 en p. 254-259.

246 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 687 en p. 696-703; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 158, p. 165-170 en p. 187-190; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 52 en p. 463-471; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 185 e.v.; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 345-349, p. 347 en p. 375-391; W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015, nrs. 1-001 t/m 1-007 en 1-034 e.v.; H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex: Bloomsbury Professional 2010, p. 29-40.

Kenmerkend voor de 'charitable' trust is dat deze – in tegenstelling tot de 'private express' trust – geen beneficiaries kent. Mede gelet hierop zijn 'charitable' trusts in het Anglo-Amerikaanse recht onderworpen aan strengere wet- en regelgeving. Zo dienen alle 'charitable' trusts die rechtsgeldig zijn ingesteld in het 'Charity Register' te worden ingeschreven en staat hun beheer onder het algemene toezicht van de Charity Commission[247].[248] Voor wat betreft de handhaving van de trust en de uitoefening van de rechten en bevoegdheden die normaliter toekomen aan een beneficiary van een 'private express' trust, is de Attorney-General – in naam van de regering – de aangewezen persoon die in dit kader optreedt als vertegenwoordiger van het economisch belang.[249] Hij dient aldus erop toe te zien dat de trustees van een 'charitable' trust conform de in de trustakte neergelegde voorwaarden handelen en hij moet optreden bij een (dreigende) 'breach of trust', nu er geen personen zijn die een economisch belang hebben in de trust.

Hoewel de 'charitable' trust een publiek karakter heeft, wordt deze trust voor zijn totstandkoming veelal aan dezelfde vereisten onderworpen als de 'private express' trust. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan het feit dat trustees van 'charitable' trusts dezelfde wettelijke bevoegdheden hebben als trustees van een 'private express' trust.[250] Ook zijn de regels met betrekking tot het tijdstip en de wijze van totstandkoming die gelden voor de 'private express' trust, van toepassing op de 'charitable' trust.

Er zijn echter ook belangrijke verschillen: 'charitable' trusts zijn niet (geheel) onderworpen aan de 'rule against remoteness of vesting' en de 'rule against inalienability'.[251] Daarnaast is het vereiste van de 'certainty of object' – gezien

247 De Charity Commission is de onafhankelijke publieke toezichthouder die belast is met het reguleren van de goede doelen branche en het toezicht op het recht omtrent charities.

248 Section 30 van de Charities Act 2011; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 710 en p. 712; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 160-161; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 179-180; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 405-411; W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015, nrs. 3-004, 4-001 t/m 4-003 en 15-001 e.v.; H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex: Bloomsbury Professional 2010, p. 768-822.

249 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 686 en p. 711; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 160; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 177; W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015, nr. 13-013 e.v.

250 Dit zijn wettelijke bevoegdheden verleend aan de trustee op grond van de Trustee Act 1925 en Trustee Act 2000. Vanwege de complexiteit van dit onderdeel, wordt dit specifieke onderwerp in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

251 Zie voor de situaties waarin de 'charitable' trust niet is onderworpen aan de bovengenoemde 'perpetuity rules': section 2 (2) en (3) van de Perpetuities and Accumulations Act 2009. Zie ook: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 686

de bijzondere aard van de 'charitable trust – niet constitutief voor de totstandkoming van de 'charitable' trust.[252] De settlor hoeft derhalve niet te specificeren welke personen baat kunnen hebben bij een uitkering uit de trust. Zolang de settlor een duidelijke intentie tot het instellen van een 'charitable' trust heeft geopenbaard en op duidelijke wijze de goederen heeft omschreven die ter behartiging van een charitatief doel onder trustverband moeten worden geplaatst, komt de 'charitable' trust rechtsgeldig tot stand.

'Charitable' trusts die in het Anglo-Amerikaanse recht rechtsgeldig in het leven zijn geroepen genieten ten slotte een aantal wettelijke voordelen – zoals fiscale voordelen – die niet toekomen aan de 'private express' trusts.[253]

4.13 De Anglo-Amerikaanse 'express' trust in de praktijk

Thans wordt de Anglo-Amerikaanse trust, in het bijzonder de 'express' trust, als één van de meest bekende en gebruikte rechtsfiguren van het Anglo-Amerikaanse recht beschouwd. Het succes van de 'express' trust heeft ertoe geleid dat deze rechtsfiguur regelmatig in de huidige financiële-, vastgoed-, ondernemings- en estate-planningspraktijk van de 'common law' landen wordt toegepast. Men denke bijvoorbeeld aan de 'family' trust, die de mogelijkheid biedt om het familievermogen te beheren en aldus voordeel van bepaalde goederen te verschaffen aan personen die nog niet bevoegd zijn om over deze goederen te beschikken. Andere voorbeelden zijn de 'quistclose', 'investments', 'business' en 'pension' trusts, die gebruikt worden als zekerheidsinstrument,

---

en p. 703-704; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 158; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 175; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 342-343; H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex: Bloomsbury Professional 2010, p. 397-421.

252 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 686; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 158-159; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 450-451; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 176; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 341.

253 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 712-714; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 159-160; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 450-452; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 175-176; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 343-345; W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015, nrs. 3-006 t/m 3-015 en 20-002 e.v.; H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex: Bloomsbury Professional 2010, p. 1001-1071.

om het risicovol beleggen te faciliteren, het ondernemingsvermogen veilig te stellen of het beheren van pensioengelden mogelijk te maken.[254]

5 Powers in het Anglo-Amerikaanse trustrecht

5.1 De rechtsfiguur 'powers' in het algemeen

Het begrip 'power' is door zijn ruime betekenis in het reguliere Engelse taalgebruik en veelzijdige toepassing in het dagelijks leven beladen en leent zich derhalve voor diverse connotaties. Wanneer het woord 'power' in het gangbare taalgebruik wordt gebezigd, kan het op verschillende wijzen worden geïnterpreteerd en verwijst het onder andere niet alleen naar macht of kracht, doch ook naar een bevoegdheid of een recht.

Ook in het Anglo-Amerikaanse recht wordt de term 'power' – alhoewel hieraan een specifiekere betekenis wordt toegekend – in een brede context gebruikt. Naar Anglo-Amerikaans recht omvat een 'power' in het algemeen "*an individual personal capacity of the donee of the power to do something*."[255] Naar Nederlandse begrippen vertaald betekent dit de facto dat iedere persoonlijke bevoegdheid die verleend wordt aan een persoon, teneinde iets te doen c.q. te bewerkstelligen, als een power kan worden aangemerkt. Enerzijds kent het Anglo-Amerikaanse recht powers die publiekrechtelijk van aard zijn en die onder andere hun oorsprong vinden in het staats- en bestuursrecht.[256] Ander-

254 Voor een uiteenzetting van de bovengenoemde voorbeelden zie: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 9-040 e.v.; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 44-45; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 36-38; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 59-72; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 72-87; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 64-77; B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p. 32; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 28-32; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 36-40; D.J. Hayton, ' Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust?: trust and trust-like arrangements*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 31-50. Vgl. ook: M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 1-7.

255 *Ex parte Gilchrist, re Armstrong* [1886] 17 QBD 521; G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 2; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-001; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 403; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 157-158; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 255 e.v.

256 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1 & J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 255 e.v.

zijds kunnen er eveneens powers in de privaatrechtelijke sfeer worden gecreëerd die met name voorkomen in het algemeen onroerend goedrecht, het erfrecht en het trustrecht.[257]

Gelet op de strekking van dit boek zullen in het navolgende enkel de privaatrechtelijke powers worden uiteengezet, in het bijzonder de belangrijkste powers die in het Anglo-Amerikaanse trustrecht in het leven kunnen worden geroepen.

5.2 De betekenis van powers in het Anglo-Amerikaanse trustrecht[258]

Zoals in het voorgaande is gemeld, wordt naar Anglo-Amerikaans recht iedere bevoegdheid om handelingen te verrichten, als een power beschouwd. In het trustrecht wordt aan de uitdrukking 'power' echter een engere betekenis toegekend. Een power kan in dit verband het beste als volgt worden gedefinieerd:

> "an authority vested in a person to deal with or dispose of property not his own beneficially".[259]

Dit impliceert dat powers in het trustrecht veelal worden verleend in het kader van het beheer van de trust of de beschikking van de trustgoederen binnen de grenzen van de power.

Behalve voor de trustfiguur, is de wisselwerking tussen de systemen van 'common law' en equity mede van belang voor de rechtsfiguur van powers in het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Nagenoeg alle powers die in het kader van het trustrecht kunnen worden gecreëerd, worden – evenals de werking van de trust – beheerst door de beginselen van equity.[260]

---

257 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1 & J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 255 e.v.

258 Voor een gedetailleerde uiteenzetting van de geschiedenis van powers in het Anglo-Amerikaanse recht zie: E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 1 e.v.; G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 3-7.

259 J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 256. Zie ook: G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1-2; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 403; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 157; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1.

260 E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 2; G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 3, L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-007 & 28-008; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 6-7; D. Waters, 'The power in a trust instrument to add and delete beneficiaries', *Estates, Trusts & Pensions Journal* 2012/31, p. 174; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 257.

De wereldwijde toename van de welvaartsgroei in de laatste decennia van de vorige eeuw en de daarmee gepaard gaande estateplanning hebben ertoe geleid dat er frequenter en in een bredere context[261] gebruik wordt gemaakt van powers in het trustrecht.[262] Thans wordt de instelling van een trust naar Anglo-Amerikaans recht veelvuldig gecombineerd met de creatie van de daarop betrekking hebbende powers.[263] Door powers als instrument in het trustrecht te gebruiken, kan het beheer van de trust creatief worden ingericht, opdat een grote mate van flexibiliteit bereikt wordt. Vaak wil de settlor van een trust met de creatie van powers ervoor zorgen dat de verkrijger van de power eenvoudig kan inspelen op veranderende c.q. onvoorziene omstandigheden die in de toekomst kunnen optreden. Afhankelijk van de intentie van de settlor, kunnen powers voor verschillende redenen in het leven worden geroepen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan situaties waarin:

a. de settlor van een trust die – enige controle wil blijven uitoefenen – een power voorbehoudt;
b. aan de trustee een power wordt verleend, teneinde hem – in het kader van zijn trustrechtelijke verplichtingen – meer beslissingsvrijheid te verschaffen;
c. de settlor aan de beneficiary een power verleent, met het doel een trustgoed dat door de beneficiary is c.q. zal worden verkregen, na zijn overlijden binnen een aangewezen groep te behouden; of
d. aan een derde – op basis van diens expertise – een power wordt toegekend, zodat de expertise van de derde bij de uitoefening van de power de trust ten goede komt.[264]

---

261 Vóór de 20e eeuw waren powers niet meer dan simpele c.q. strikte instructies aan de trustee ter zake de overdracht van goederen. De juiste uitvoering daarvan was gebonden aan de 'conscience' van de trustee. Zie hiervoor: E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 10-12.

262 D. Waters, 'The power in a trust instrument to add and delete beneficiaries', *Estates, Trusts & Pensions Journal* 2012/31, p. 174.

263 Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1, J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 257; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 61-62; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 50-51; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 950-951.

264 L. Ho, ''Breaking Bad'. Settlor's reserved powers' in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 36 e.v., C. McKenzie, 'Having and eating the cake: a global survey of settlor reserved power trusts: Part 1', *Private Client Business* 2007/5, p. 336 e.v; R.C. Nolan, 'Trustees and Third-Party Powers', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 58-59, J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 61-62; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 50-51; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 257. Zie ook: J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 265-267.

5.3 Soorten powers die in het trustrecht in het leven kunnen worden geroepen

Aangezien powers van oudsher op velerlei wijzen worden ingedeeld, is het voor common law juristen lastig om een alomvattende classificatie te vinden teneinde alle bestaande powers onder één noemer te scharen.[265] In het verleden was het klassieke onderscheid tussen powers gebaseerd op het belang van de verkrijger van de power in het goed waarop de power betrekking heeft.[266] Thans worden powers onder andere onderscheiden op grond van:

- de wijze van ontstaan van de power;
- het doel c.q. het effect waarvoor de power wordt gecreëerd;
- de functie van de persoon aan wie de power is verleend;
- beperkingen ten aanzien van de wijze waarop de power wordt uitgeoefend.[267]

In het onderstaande zullen louter de powercategorieën worden uiteengezet die van belang zijn voor de behandeling van de trust naar Curaçaos en Nederlands recht in de navolgende hoofdstukken.

5.3.1 Administrative powers en dispositive powers

'Administrative' powers – ook wel managerial powers genaamd – zijn verleende discretionaire bevoegdheden die strekken tot beheershandelingen ten aanzien van het trustfonds. Deze powers hebben ten doel het beheer en de werking van de trust te ondersteunen en te bevorderen.[268] In het kader van de trust hebben 'administrative' powers aldus een assisterend karakter: zij worden veelal in het leven geroepen ter voorkoming van complicaties geduren-

265 J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 260; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 4; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404.

266 E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 39-44; G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 9-11; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 4-5; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-027.

267 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 4-20; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 256-260; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404-408. Deze lijst is echter niet limitatief en kan te allen tijde worden uitgebreid.

268 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 7; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 265; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 62-63; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 950-955.

de het beheer van de trust.[269] Dit heeft tevens tot gevolg dat de uitoefening van een dergelijke power niet ten nadele van de beneficiaries van een trust mag geschieden.[270] Dergelijke powers worden bijvoorbeeld verleend in situaties die zien op het onderhoud van de trustgoederen, de vaststelling van winstuitkeringen of het verstrekken van leningen aan beneficiaries. Voorbeelden van 'administrative' powers in het Anglo-Amerikaanse recht zijn onder andere powers of investment, powers to lend, powers of appropriation en powers to conduct business.[271]

Onder 'dispositive' powers wordt verstaan alle discretionaire bevoegdheden die worden verleend teneinde daden van beschikking te kunnen verrichten.[272] In tegenstelling tot 'administrative' powers, bieden 'dispositive' powers de verkrijger de mogelijkheid om belangen in goederen te creëren, dan wel te beschikken over goederen waarvan hij in beginsel zelf de eigendomsrechten niet heeft.[273] Ten gevolge hiervan wordt de volledige beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende van het goed waarop de power betrekking heeft, beperkt.

De meest voorkomende 'dispositive' powers in het Anglo-Amerikaanse trustrecht betreffen de powers of appointment en de powers of revocation. Daarnaast worden alle andere discretionaire bevoegdheden ten aanzien van

---

269 G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 418; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 62-63; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 265. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1 en 410.

270 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 62-63; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 418; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 256-257; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-014; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 150.

271 Voor meer voorbeelden van 'administrative' powers zie: G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 438-485. Zie ook: P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 593-636 en p. 637 e.v.; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 398 e.v.; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 36-009 e.v.

272 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 7; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 427; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 277; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-010.

273 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 7; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 427; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 277; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-010. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 40, 42 en 410.

kapitaal of inkomen zoals de powers of advancement en powers of maintainance, als powers waaraan beschikkingshandelingen zijn verbonden en aldus 'dispositive', aangemerkt.[274]

5.3.1.1 Powers of appointment

Het Anglo-Amerikaanse recht omschrijft een power of appointment als een discretionaire bevoegdheid krachtens welke de verkrijger van de power één of meer personen kan aanwijzen als gerechtigde(n) van een goed waarop de power betrekking heeft.[275] De power of appointment typeert zich door zijn tweedelige aard: de verkrijger van de power kan – indien hij besluit over te gaan tot de uitoefening van de power – niet alleen volledig bepalen wie hij aanwijst, doch ook welk aandeel in het goed de aangewezene precies verkrijgt.[276] De aangewezene verkrijgt derhalve door de uitoefening van de power, een recht op levering van het desbetreffend goed. In het trustrecht hebben de powers of appointment betrekking op goederen die deel uitmaken van het trustfonds.[277]

5.3.1.2 Powers of revocation of trusts[278]

Een trust die naar Anglo-Amerikaans recht is ingesteld, is in beginsel onherroepelijk. Dit is echter anders wanneer een power of revocation in het leven is geroepen. Van een power of revocation is in het trustrecht sprake wanneer aan de verkrijger een bevoegdheid is verleend, teneinde de trust te kunnen

---

274 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 7; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404 en p. 419-438; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 438-443; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-011 en 28-012.

275 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 637-638; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 7; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 265-266; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-010; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53.

276 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 428.

277 Zie ook paragraaf 2.5.8.2.

278 Onder een power of revocation wordt in dit onderzoek enkel de power of revocation of trusts verstaan. De power of revocation hoeft niet alleen betrekking te hebben op de herroeping van de trust, doch kan eveneens verwijzen naar de herroeping van powers of de herroeping van oorspronkelijke trusts en creatie van nieuwe trusts (oftewel de 'power of revocation and new appointment'). De twee laatstgenoemde vormen van revocation worden – ter voorkoming van verwarring – in casu buiten beschouwing gelaten. Zie voor een gedetailleerde toelichting op de power of revocation of an appointment en de 'power of revocation and new appointment' o.a.: G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, hoofdstuk 15; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-090, 33-091 en 33-108.

herroepen.[279] Een trust bij welke een power of revocation is bedongen in het trustdocument, wordt ook wel aangeduid als een 'revocable' trust.[280]

De verlening van een power of revocation is uitsluitend mogelijk, indien de settlor dit uitdrukkelijk heeft bepaald.[281] Wordt een power of revocation verleend, dan is een trust – voor zover de power of revocation niet is uitgeoefend – geldig.[282] De uitoefening van een power of revocation heeft tot gevolg dat de goederen die deel uitmaken van het trustfonds overgaan op de persoon aan wie de onderhavige power is verleend.[283] Ondanks zijn bijzondere aard behoort de power of revocation tot de categorie van de 'dispositive' powers.[284]

5.3.2 'Mere personal' powers en 'mere fiduciary' powers

Een 'mere personal' power, ook wel aangeduid als een 'non-fuduciary' power of een 'bare' power, kenmerkt zich door het feit dat de bevoegdheid die gecreëerd is, verleend wordt aan een derde die de power uitsluitend in diens

279 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 749; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 60 en p. 488; G. Thomas & D.J. Hayton, 'Shams, Revocable Trusts and Retention of Control', in: D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 604.

280 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 749; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 60; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 33-089. Zie ook: C. McKenzie, 'Having and eating the cake: a global survey of settlor reserved power trusts: Part 1', *Private Client Business* 2007/5, p. 336 e.v.

281 G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 60 en p. 488; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 30-089; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 82.

282 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 30-088; G. Thomas & D.J. Hayton, 'Shams, Revocable Trusts and Retention of Control', in: D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 604.

283 De uitoefening van de power of revocation brengt de trust tot een einde en er ontstaat op grond van het equity recht – "equity will compell to do so" – een verbintenis tot terugleverering. De goederen die deel uitmaakten van het trustfonds worden na het einde van de trust via een 'resulting' trust gehouden en de trustee dient deze goederen op grond van de voornoemde verplichting tot teruglevering, over te dragen aan de verkrijger van de power. De herroeping heeft echter geen terugwerkende kracht, zodat verkrijgingen aan de beneficiaries vóór de herroeping niet worden aangetast. Zie hiervoor: G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 2-3; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 33-104; G. Thomas & D.J. Hayton, 'Shams, Revocable Trusts and Retention of Control', in: D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 604.

284 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-012, 28-039 en 33-001.

persoonlijke hoedanigheid kan uitoefenen.[285] Dit impliceert voorts, dat de uitoefening van de desbetreffende power volledig aan de discretie van de verkrijger wordt overgelaten.[286] Dientengevolge hoeft hij geen enkele verantwoording af te leggen over zijn keuzemogelijkheid. Met andere woorden, het staat de verkrijger van een 'mere' power geheel vrij om te bepalen of hij al dan niet de desbetreffende power uitoefent.

Als 'mere fiduciary' powers worden aangemerkt alle verleende bevoegdheden die zijn verkregen door personen in de hoedanigheid van hun fiduciaire functie.[287] Zowel in de gevallen waarin een 'mere personal' power als in gevallen waarin een 'mere fiduciary' power is verleend, heeft de verkrijger de beslissingsvrijheid om te bepalen of hij al dan niet overgaat tot de uitoefening van de desbetreffende power. Het verschil tussen een 'mere personal' en een 'mere fiduciary' power is gelegen in het feit dat – anders dan bij een 'mere personal' power – de persoon aan wie een 'mere fiduciary' power is verleend, uit hoofde van zijn fiduciaire functie van tijd tot tijd – en met inachtneming van alle relevante omstandigheden die van belang zijn bij de uitoefening van de power[288] – dient te overwegen of hij al dan niet gebruik wil

285 J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 259-260; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 24-35; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 406-407; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 45 en 46; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-019.

286 D. Waters, 'The power in a trust instrument to add and delete beneficiaries', *Estates, Trusts & Pensions Journal* 2012/31, p. 180-181; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 69; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 60; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 47-49.

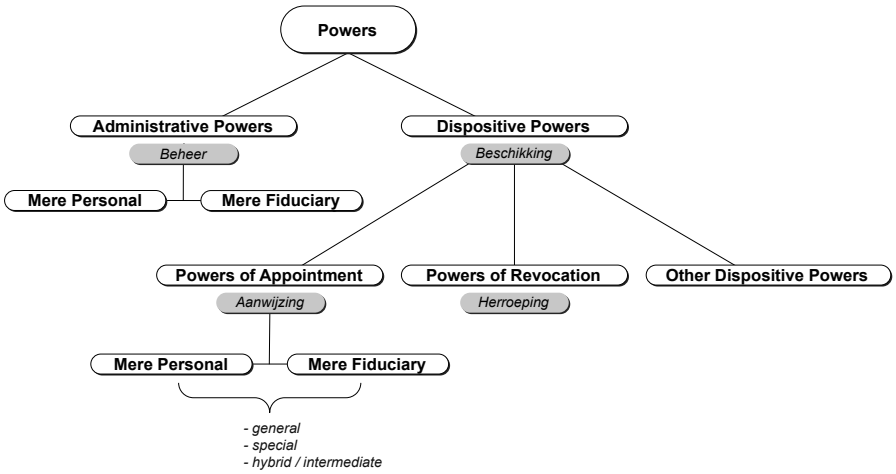
287 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 69; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 259; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 24-35; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 406-407; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-020; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 158. Zie ook: J. Edelman, 'When do fiduciary duties arise?', *Law Quarterly Review* 2010/126.

288 Hetgeen onder 'van tijd tot tijd' wordt verstaan, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder onder andere rekening moet worden gehouden met het type trust dat in het leven is geroepen en hetgeen is opgenomen in het trustdocument. Men denke bij de relevante omstandigheden bijvoorbeeld aan de identificatie van degenen ten behoeve van wie de power kan worden uitgeoefend, de situaties van individuele personen die in aanmerking kunnen komen en de beantwoording van de vraag of de uitoefening van de power ten behoeve van een bepaalde persoon jegens de overige personen passend is. Zie hiervoor: *Re Hay's Settlement Trusts* [1982] 1 WLR 202; G.Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 429-430. Zie ook: C. McKenzie, 'Having and eating the cake: a global survey of settlor reserved power trusts: Part 1', *Private Client Business* 2007/5, p. 336 e.v.; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 29-041 e.v. en nr. 29-095; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 414.

maken van zijn bevoegdheid.[289] De verkrijger van een 'mere fiduciary' power heeft aldus wel discretie, doch deze wordt in enige mate begrensd door de eerdergenoemde overweging die van tijd tot tijd dient plaats te vinden. In het trustrecht worden alle 'mere' powers die aan trustees, dan wel aan protectors, *qualitate qua* zijn verleend, als 'mere fiduciary' powers aangemerkt.

Voor wat betreft de 'administrative' en de 'dispositive' powers, kunnen beide soorten powers in beginsel zowel een persoonlijk als een fiduciair karakter hebben.[290]

De uiteengezette powers in het Anglo-Amerikaanse trustrecht kunnen schematisch als volgt worden verduidelijkt:



5.4 De creatie en de uitoefening van powers

Powers kunnen in het Anglo-Amerikaanse recht voor diverse doeleinden en op verschillende wijzen worden gecreëerd.[291] In het onderstaande worden de essentialia voor de creatie van de eerder besproken powers kort toegelicht.

289 P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 639-640; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 24-35; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 406-407; D. Waters, 'The power in a trust instrument to add and delete beneficiaries', *Estates, Trusts & Pensions Journal* 2012/31, p. 180; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 69 en 429-430; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 60; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 49.

290 Een power of revocation is op zichzelf geen fiduciary power. Deze power kan echter wel aan de toestemming van een persoon in een fiduciaire functie worden onderworpen. Zie hiervoor: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 33-098.

291 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 103.

5.4.1 De creatie van 'administrative' en 'dispositive' powers[292]

'Administrative' en 'dispositive' powers kunnen in beginsel – evenals trusts
– op twee tijdstippen in het leven worden geroepen, namelijk:
- gedurende het leven, ofwel *inter vivos*; of
- bij uiterste wilsbeschikking[293], ofwel *testamentary*.[294]

Voor het ontstaan van zowel 'administrative' als 'dispositive' powers vereist het Anglo-Amerikaanse recht dat de persoon die de power in het leven roept, op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn intentie om die specifieke power

292 In dit onderzoek wordt enkel de creatie van powers door middel van een intentie besproken. De andere wijzen – waaronder creatie van powers door middel van reeds verleende powers en creatie van powers door middel van verwijzing – worden buiten beschouwing gelaten. Zie hiervoor uitgebreid: G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 104-105 en 110-117; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-032 en 28-033; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 102, 111 en 112.

293 Zij in casu opgemerkt dat in het verleden in de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur controverse bestond over de vraag of de creatie van 'dispositive' powers – en in het bijzonder powers of appointment – bij uiterste wilsbeschikking strijdig is met het verbod van wilsdelegatie. Vaste rechtspraak heeft sindsdien uitgewezen dat het Anglo-Amerikaanse erfrecht de creatie van powers of appointment bij uiterste wilsbeschikking toestaat. Desondanks is het – door conflicterende uitspraken over het bestaan van een verbod van wilsdelegatie – nog steeds niet geheel duidelijk of een regel die wilsdelegatie bij uiterste wilsbeschikking verbiedt, überhaupt bestaat. Voorts heeft de rechter zich tot heden niet uitgelaten over de mogelijkheid tot creatie van een power of revocation die betrekking heeft op trusts die pas na het overlijden van de erflater tot stand komen (testamentary trusts). Ten gevolge hiervan is het thans onduidelijk of de geldigheid van dergelijke powers die bij uiterste wilsbeschikking tot stand zijn gekomen, naar Anglo-Amerikaans recht aangetast kan worden door een verbod van wilsdelegatie (voor zover dit verbod bestaat). Zie hierover o.a.: D.M. Gordon, 'Delegation of Will-making Power', *Law Quarterly Review* 1953/3; I.J. Hardingham, 'The Rule against delegation of will-making power', *Melbourne University Law Review* 1974/9; *In Re Beatty Hinves v. Brooke* [1990] 1 WLR 1503; *Tassone v. Pearson* [2012] BCSC 1262, p. 36-74; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 150-151; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 103; L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills and Intestacy* (volume 102), London: LexisNexis 2021, nr. 11. Zie ook: G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 121 en G. Thompson, *Law of Wills*, Indianapolis: Bobbs Merrill 1916, p. 322 e.v.; *Williams, Mortimer & Sunnucks. Executors, Administrators & Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 929; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 166-167; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 30-006 en 30-046; L. Smith, 'What is left of the non-delegation principle?', in: B. Häcker & C. Mitchell (red.), *Current Issues in Succession Law*, Oxford: Hart Publishing 2016.

294 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-029; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 102,103 en 106; A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer & Sunnucks. Executors, Administrators & Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 887 e.v.; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

te creëren, kenbaar maakt.[295] De onderhavige intentie moet tevens in een daarmee corresponderende – expliciete, dan wel impliciete – verklaring zijn vervat.[296] De kenbaarmaking van de intentie behoeft echter niet noodzakelijkerwijs gepaard te gaan met specifieke bewoordingen.[297] Zolang uit de bewoordingen in de verklaring – hoe informeel ook – een heldere intentie om een power te creëren kan worden afgeleid, wordt de power in het leven geroepen. Wel is het van belang dat bij de creatie van de power, het doel van de power wordt omschreven en de reikwijdte hiervan wordt bepaald.[298]

Wordt een 'dispositive' power gecreëerd, dan dienen evenzeer het object c.q. de objecten van de verkrijging[299] en het goed waarop de power betrekking heeft, te worden omschreven.[300]

Voorts komt het in het Anglo-Amerikaanse recht regelmatig voor dat 'administrative' en 'dispositive' powers bij wettelijke regeling, *statute*, in het leven worden geroepen.[301] Dergelijke powers zijn meestal van regelend recht en bieden de persoon die de power verleent, de ruimte om afwijkende regelingen te treffen.[302] Dit behelst de mogelijkheid om de power geheel uit te sluiten, dan wel op enigerlei wijze te modificeren. In dat geval is niet de vraag of de power al dan niet door een intentie rechtsgeldig tot stand is gekomen relevant, doch de vraag in hoeverre de power door de modificaties wordt geraakt.[303]

---

295 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 103-104 en p. 752; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-029, 28-030, 28-031 en 33-100; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 104.

296 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 103-104; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-029, 28-030 en 28-031; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 104.

297 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 104 en 752; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-029; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 488.

298 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 103.

299 Zie voor de betekenis van objecten paragraaf 2.5.6.3.

300 E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 117. Zie ook paragraaf 2.5.8.

301 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 4; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-034. Vgl. met betrekking tot de power of revocation ook: A.W. Scott, 'The effects of a power to revoke a trust', *Harvard Law Review* 1944/57, p. 366.

302 Powers die bij wettelijke regeling zijn gecreëerd, kunnen niet altijd worden uitgesloten, beperkt, uitgebreid of op één of andere wijze worden gewijzigd. Zie in dit kader bijvoorbeeld sections 106 en 108 van de Settled Land Act 1925. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 4; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 36-003 en 36.004.

303 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 109.

Ten slotte kunnen de bovengenoemde powers – onder omstandigheden – door de rechter in het leven worden geroepen.[304]

5.4.2 De uitoefening van powers

Teneinde in het Anglo-Amerikaanse recht over te kunnen gaan tot de uitoefening van een power, dient de persoon die voornemens is de desbetreffende power uit te oefenen, in beginsel aan dezelfde materiële vereisten te voldoen die gelden voor de creatie van powers.[305] De intentie van de verkrijger van de power dient derhalve tot uiting te zijn gebracht in een daarmee overeenstemmende verklaring.[306] Voorts kan de uitoefening van powers – evenals de creatie van powers – gedurende het leven, *inter vivos*, alsmede bij uiterste wilsbeschikking, *testamentary*, geschieden.

5.5 De formaliteiten bij de creatie en de uitoefening van powers

5.5.1 Formaliteiten bij de creatie van powers

Tenzij door de wet anders is bepaald, zijn aan de creatie van powers in het Anglo-Amerikaanse recht geen vormvoorschriften verbonden.[307] In de praktijk worden powers in het trustrecht echter in de meeste gevallen bij trustakte dan wel bij uiterste wilsbeschikking in het leven geroepen.[308/309] Dit impliceert

304 Section 57 van de Trustee Act 1925. Zie ook G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 417; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 398; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 52-008 t/m 52-024.

305 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 357-358; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 29-074, 29-078, 29-079 en 33-100; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 163. Zie voor een uitzondering op deze regel: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-010, 29-081 t/m 29-083, G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 359, J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nrs. 36-002 en 36-003.

306 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de wil en verklaring paragraaf 2.5.4.1.

307 G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 56; E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 117; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 102-103; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 288.

308 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-029; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 104, R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 102-103, A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer & Sunnucks. Executors, Administrators & Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 888.

derhalve dat de verlener van de power in casu, de door de wet voorgeschreven formaliteiten die gelden voor het maken van akten en uiterste willen, in acht dient te nemen.

5.5.2 *Formaliteiten bij de uitoefening van powers*

De uitoefening van powers is in het Anglo-Amerikaanse recht in beginsel niet onderworpen aan bijzondere vormvereisten.[310/311] Echter, de wet of de verlener van de power kan verlangen dat een aantal formaliteiten bij de uitoefening van de power, dienen te worden nageleefd.[312]

Diverse wettelijke regelingen in het Anglo-Amerikaanse recht verbinden in specifieke gevallen formaliteiten aan de uitoefening van powers.[313] Men denke in casu bijvoorbeeld aan de formaliteiten die betracht moeten worden

309 De creatie van powers of revocation of trusts bij uiterste wilsbeschikking moet worden onderscheiden van de herroepelijkheid van de uiterste wil. In het laatste geval is de uiterste wil zelf een herroepbaar document en hetgeen hierin is opgenomen heeft pas werking na het overlijden van de erflater. Dit impliceert dat de materiële geldigheid van hetgeen in een uiterste wil is vervat, onlosmakelijk verbonden is aan de formaliteiten die in acht dienen te worden genomen bij het maken van een uiterste wil. Een power die in een uiterste wil is opgenomen is – zolang de settlor leeft – herroepelijk en dient derhalve te voldoen aan vormvereisten die het Anglo-Amerikaanse recht stelt aan het maken van uiterste wilsbeschikkingen. Zie hiervoor: G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 488-489; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 752-753.

310 G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 147 e.v.; E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 229 e.v.; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 29-066; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 260; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 163.

311 In casu moet onderscheid worden gemaakt tussen de te betrachten formaliteiten bij de loutere uitoefening van de power en de formaliteiten die in acht moeten worden genomen, teneinde het resultaat dat de uitoefening van de power beoogt, te bereiken. Men denke hierbij aan de formaliteiten die in acht dienen te worden genomen bij de verkrijging van onroerende zaken, indien het goed waarop de power betrekking heeft, een onroerende zaak is.

312 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 339; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 102-103; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 29-066; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 288; J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nr. 36-001 e.v.

313 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 339-343; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 29-067, 29-068 en 29-071.

bij de uitoefening van een power in een uiterste wil of formaliteiten die verband houden met de uitoefening van powers in akten.[314]

Naast de door de wet voorgeschreven vormvoorschriften kan de verlener van een power eveneens stipuleren dat een power enkel kan worden uitgeoefend, met inachtneming van de door de verlener van de power gestelde voorwaarden c.q. extra formaliteiten.[315] De gestelde eisen mogen – op straffe van nietigheid – echter niet in strijd zijn met de 'common law', dan wel de algemene beginselen van equity.[316] Voorbeelden van de door de verlener van de power gemaakte bedingen c.q. gestelde formaliteiten in het trustrecht zijn onder andere de uitoefening van een power na de toestemming van de protector of de uitoefening van de power die uitsluitend mogelijk is in het bijzijn van een advocaat.[317]

5.6 De betrokkenen bij de verlening en de uitoefening van powers

In het Anglo-Amerikaanse recht worden bij de verlening en de uitoefening van powers verschillende terminologieën gebezigd, teneinde de persoon die of het goed dat in relatie staat tot een power, te omschrijven. In het onderstaande zullen de terminologieën die in het kader van powers worden gehanteerd, kort worden besproken. Een aantal hiervan wordt enkel gebezigd met betrekking tot de powers of appointment.

5.6.1 De donor

Naar Anglo-Amerikaans recht wordt de persoon die een power verleent c.q. voorbehoudt, aangeduid als de *donor* van een power.[318] De *donor* is in beginsel de persoon die voorafgaand aan de verlening van de power, de (beperkt)

314 Men denke hierbij bijvoorbeeld aan section 10 van de Wills Act 1837 waarbij het vereiste wordt gesteld dat voor de uitoefenening van een testamentaire power dezelfde vormvoorschriften gelden als voor het maken van de uiterste wilsbeschikking. Zie in dit kader voorts: section 1 Law of Property (Miscellaneous) Act 1989 en section 159 van de Law of Property Act 1925.

315 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 343; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 29-067 en 29-068; J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021, nr. 36-001.

316 Men denke hierbij bijvoorbeeld aan strijdigheid met een specifieke wettelijke bepaling, de goede zeden of de openbare orde.

317 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 343-356; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 29-073 en 29-074.

318 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 2; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-005; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

rechthebbende was van het goed waarop de power betrekking heeft.[319] In het trustrecht is de *donor* normaliter de settlor die een trust – *inter vivos*, dan wel bij uiterste wilsbeschikking – instelt. De eisen die worden gesteld aan de persoon van de settlor, zijn gelijkluidend aan de eisen die worden gehanteerd voor de *donor* van een power.[320]

5.6.2 De donee

De persoon aan wie een power is verleend, wordt aangeduid als de *donee*.[321] Wordt een power of appointment verleend, dan wordt de persoon aan wie de power wordt verleend, aangeduid als de *appointor*.[322]

Iedere natuurlijke persoon die bevoegd is om over goederen te beschikken, is bevoegd een power die verleend is, uit te oefenen.[323] Van belang is dat de *donee* op het tijdstip van de uitoefening van de power, niet handelingsonbekwaam, wilsonbekwaam of handelingsonbevoegd mag zijn.[324] Derhalve kunnen minderjarigen die de leeftijd van achttien jaren nog niet hebben bereikt, personen onder invloed van een geestelijke stoornis of personen die in staat van faillissement verkeren, in principe niet als *donee* optreden.

Naast natuurlijke personen kunnen ook rechtspersonen als *donee* fungeren. De uitoefening van de power is enkel mogelijk, voor zover de statuten zich daartegen niet verzetten en de bestuurders van de rechtspersoon niet hun vertegenwoordigingsbevoegdheid te buiten zijn gegaan.[325] In het trustrecht

319 Powers kunnen – in bepaalde gevallen – eveneens door de verkrijger van de power worden gedelegeerd. De delegatie van powers wordt in casu verder buiten beschouwing gelaten. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting hiervan: G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 249 e.v.; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-110 e.v.

320 Zie paragraaf 2.4.8.1

321 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 2; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-005; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 1; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

322 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 2; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

323 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 287.

324 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 287-318; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-061, 28-093 t/m 28-096 en 28-109. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 422.

325 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 319-327; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-097 en 28-098.

fungeren meestal de settlor, de trustee, de beneficiary, de protector of een derde als *donee* van een power.[326]

5.6.3 Begunstigden: de objecten van de verkrijging

Powers kunnen worden uitgeoefend ten gunste van personen die deel uitmaken van een groep der personen die de *donor* bij de creatie van de power heeft aangewezen. Deze personen worden aangemerkt als objecten van de verkrijging van het goed waarop de power betrekking heeft. Zij worden in het Engels aangeduid als *objects of the power*.[327] Betreft het een power of appointment, dan wordt het object van de power een *appointee* genoemd.[328]

In het Anglo-Amerikaanse recht komt de term '*objects*' in het kader van powers, slechts voor bij 'dispositive' powers. Dit is echter niet vreemd, gezien het feit dat de uitoefening van 'administrative' powers geen begunstiging behelst en dergelijke powers enkel betrekking hebben op de ondersteuning van de werking van de trust.[329/330] Is er sprake van een power of revocation, dan is de *donee* van de power tevens het object van de power.

Wanneer 'dispositive' powers – en in het bijzonder powers of appointment – worden verleend, dient het object in wiens voordeel de power wordt uitgeoefend, evenals de objecten van een trust, voldoende bepaalbaar te zijn.[331] In casu moet het voor de *donee* evident zijn wie als object kwalificeert, teneinde hem in staat te stellen de power uit te oefenen in overeenstemming met hetgeen de donor met de uitoefening voor ogen had.[332]

Is er sprake van een power of appointment, dan dient – zoals reeds in het vorenstaande is vermeld – duidelijk te zijn wie als '*objects of the power*' kunnen worden aangemerkt. In geval van de onderhavige power kan de uitoefening geschieden ten behoeve van:

a. specifieke personen of een specifieke groep der personen, met inbegrip van de *donee* van de power. In dit geval is er sprake van een *special power*, in bepaalde gevallen ook wel aangeduid als een *limited power*. De begunsti-

326 Zie ook L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-036, 28-064, 28-068.

327 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 2; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-005. Zie ook: J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53.

328 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 2; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

329 Zie paragraaf 2.5.3.1.

330 Naast personen kunnen doelen als objecten van powers worden aangemerkt. Hetgeen van toepassing is op personen is evenzeer van toepassing op doelen. Zie bijvoorbeeld: J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

331 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 160-161.

332 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 160-161.

ging als gevolg van de uitoefening van een *special power* is voor de *donee* derhalve beperkt tot de door de *donor* aangewezen personen;[333]

b. eenieder, met inbegrip van de *donee* van de power. In een dergelijke situatie is er sprake van een *general power*. Een *general power* is in de algemeenste en breedste zin des woords geformuleerd en geeft de *donee* de mogelijkheid om zonder enige beperking de power uit te oefenen. De *donee* verkrijgt derhalve de volledige beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het goed waarop de power betrekking heeft;[334]

c. eenieder, met uitzondering van specifieke personen of een specifieke groep der personen. Deze power wordt een *hybrid* of *intermediate power* genoemd. Deze categorie powers is bedoeld voor powers die niet in de eerste twee categorieën kunnen worden ondergebracht.[335]

5.6.4 De appointive property

De term *appointive property* verwijst in het Anglo-Amerikaanse recht naar het goed of het recht op een goed waarop de 'dispositive' power – en in bijzonder de power of appointment – betrekking heeft.[336] De *appointive property* wordt ook wel aangeduid als de *subject matter of the power*.
Als *appointive property* worden aangemerkt alle goederen waarover een persoon kan beschikken. In het trustrecht worden trustgoederen die onderwerp zijn van de power, als *appointive property* aangemerkt.

---

333 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 9; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-010 en 33-017 t/m 33-019; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 405; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 159-160; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53-54; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

334 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 8-9; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-010, 33-002 en 33-003; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 405; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 159-160; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53-54, J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266. Zie ook paragraaf 2.5.7.

335 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 9-10; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-010, 33-044 t/m 33-047 en 33-049; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 405, J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 159-160; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53-54; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

336 P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 638; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 428.

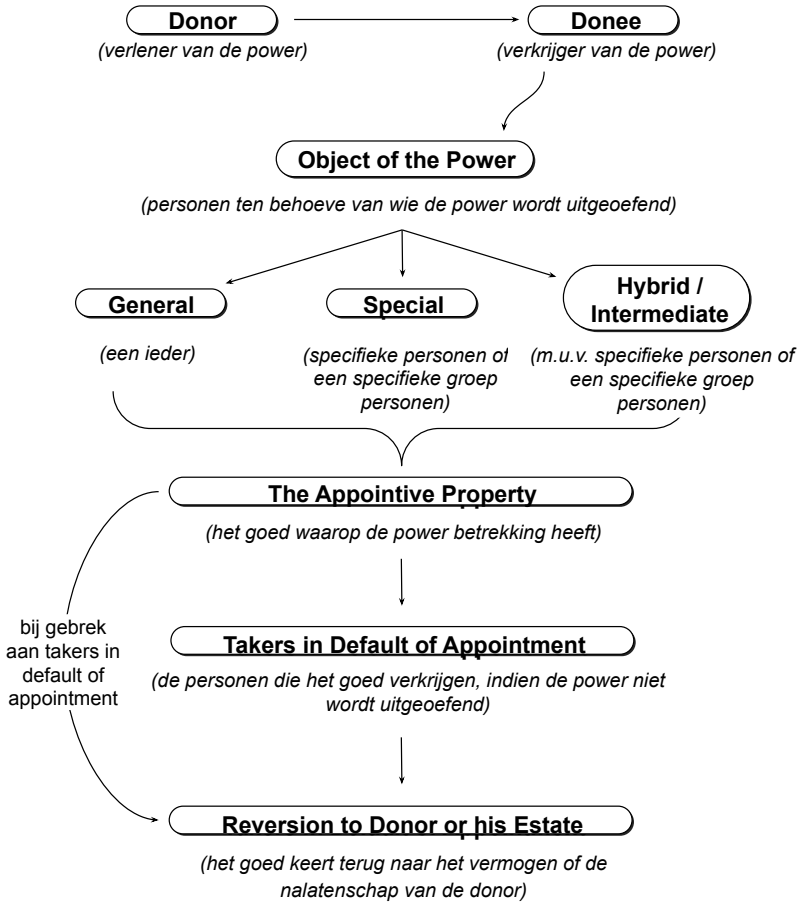
5.6.5 De verkrijging 'in default of appointment'

Zoals in het voorgaande is uiteengezet, heeft de uitoefening van een power of appointment tot gevolg, dat de door de donor aangewezen objecten, recht hebben op het goed of het recht op een goed waarop de power betrekking heeft. Indien de uitoefening van de power of appointment echter niet geschiedt, rijst de vraag aan wie de *appointive property* moet worden toebedeeld. Is de *donee* van een power of appointment niet overgegaan tot de uitoefening van de power, dan kunnen de personen die door de donor bij akte of uiterste wilsbeschikking zijn aangewezen, in aanmerking komen voor de verkrijging van de *appointive property*.[337] Deze personen worden aangemerkt als *takers or persons entitled in default of appointment*. Ingeval een power of appointment in het kader van het trustrecht niet wordt uitgeoefend, worden de beneficiaries van een trust in beginsel aangemerkt als *takers in default of appointment* en zijn zij derhalve gerechtigd tot de *appointive property*. Zijn er geen *takers in default of appointment*, dan keert het goed terug naar het vermogen of de nalatenschap van de *donor*.[338]

337 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

338 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53, .G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 266.

Het voorgaande kan schematisch als volgt worden geschetst:



5.7 Powers versus eigendom

Zowel de rechtsfiguur van powers als het concept van eigendom nemen een belangrijke plaats in binnen het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Niettemin zijn de begrippen 'power' en 'eigendom' in het kader van de behandeling van powers in beginsel niet eensluidend en is het onderscheid tussen beiden fundamenteel.[339]

339 G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916, p. 1; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 2; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 403. Zie ook: *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu v Merill Lynch Bank & Trust Company (Cayman) Ltd*. [2011]

Zoals reeds in paragraaf 2.5.2 is aangegeven, beschrijft het Anglo-Amerikaanse trustrecht een power als een verleende bevoegdheid, teneinde goederen te kunnen beheren of over goederen te kunnen beschikken. Het feit dat een power wordt verleend aan een persoon, betekent niet dat een power het karakter van eigendom heeft.[340] De verlening van een power leidt niet tot de verkrijging van de eigendom en het exclusieve gebruik van een goed.[341] Pas op het moment dat er sprake is van de uitoefening van een 'dispositive' power, kan dat resulteren in de verkrijging van de eigendom van het goed waarop de power betrekking heeft.[342] Men denke aan situaties waarin een *donee* een general, special of hybrid power of appointment ten gunste van zichzelf uitoefent, dan wel in gevallen waarin een *donee* overgaat tot de uitoefening van zijn power of revocation.[343]

Het onderscheid tussen 'power' en 'eigendom' is met name essentieel in gevallen waarin schuldeisers zich willen verhalen op de goederen van de *donee*, in het bijzonder in de situatie waarin de *donee* in staat van faillissement verkeert.[344] Is aan een *donee* een power die betrekking heeft op een goed verleend, dan valt deze power in beginsel niet in de failliete boedel, gelet op het feit dat een dergelijke power naar Anglo-Amerikaans faillissementsrecht over het algemeen niet als eigendom wordt aangemerkt.[345] Onder omstandigheden kunnen bepaalde 'dispositive' powers echter wel gelijkgesteld worden met eigendom.[346] De behandeling van een power als eigendom geschiedt indien de *donee* deel uitmaakt van de groep der personen die als object van verkrijging kunnen worden aangewezen.[347] In dergelijke gevallen wordt de *donee* van de desbetreffende power derhalve aangemerkt als de feitelijke eigenaar van het goed waarop de power betrekking heeft, ook al is hij – ongeacht of hij de

---

UKPC 17, p. 31-36. Zie ook: L. Smith, 'Execution against a power of revocation', *Law Quarterly Review* 2013/129, p. 332-334.

340 *Ex parte Gilchrist, re Armstrong* [1886] 17 QBD 521, p. 530-531.

341 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 105; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 404.

342 *Ex parte Gilchrist, re Armstrong* [1886] 17 QBD 521, p. 530-531.

343 Section 32 (1) van de Administration of Estates Act 1925; section 27 (1) van de Wills Act 1837; section 283 (4) van de Insolvency Act 1986; *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu v Merill Lynch Bank & Trust Company (Cayman) Ltd.* [2011] UKPC 17, [54] e.v. Zie ook: G. Thomas & D.J. Hayton, 'Shams, Revocable Trusts and Retention of Control', in: D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 604. Zie ook L. Smith, 'Execution against a power of revocation', *Law Quarterly Review* 2013/129, p. 332-334.

344 Het onderscheid is tevens voor belastingdoeleinden – met name voor de vaststelling van de inkomstenbelasting en erf- en schenkbelasting – van belang. Het fiscale recht wordt voor het overige buiten beschouwing gelaten.

345 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 15.

346 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 4.

347 E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845, p. 394; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 15-17.

power al dan niet uitoefent ten voordele van zichzelf – niet de formeel rechthebbende van het goed.

Het fundamentele onderscheid tussen power en eigendom blijft tevens bestaan in situaties waarin de settlor aan de trustee powers verleent die betrekking hebben op de trustgoederen. Ondanks het feit dat een trustee in het kader van de trust de volledige rechthebbende is van de goederen die onder trustverband zijn gebracht, heeft hij met betrekking tot deze goederen niet het economisch belang, doch enkel de formele beschikkingsmacht.[348] Dit brengt met zich dat de trustee pas het desbetreffende goed kan verwerven, indien hij bevoegd is tot de uitoefening van de verleende power ten behoeve van zichzelf en hij daadwerkelijk hiertoe is overgegaan.[349/350] Verkeert de trustee in staat van faillissement of zoeken zijn schuldeisers verhaal op zijn privévermogen, dan wordt de gelijkstelling van power en eigendom in de genoemde gevallen aan dezelfde regels onderworpen die gelden voor *donees* die niet een fiduciaire functie bekleden.[351]

5.8 Powers versus trusts

Het verschil tussen 'power' en eigendom is niet het enige dat van wezenlijk belang is voor het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Een ander verschil dat een significantere rol speelt in het moderne Anglo-Amerikaanse trustrecht is het onderscheid tussen 'power' en 'trust'. De combinatie van powers en trusts komt – zoals reeds eerder is aangestipt – vrijwel altijd voor in het hedendaagse trustrecht. Desalniettemin bestaat er in het continentale recht weinig beschikbare literatuur op dit terrein en het is derhalve niet verrassend dat continentale juristen – vanwege de complexiteit van beide rechtsfiguren – moeite hebben met het herkennen van iedere rechtsfiguur afzonderlijk, dan wel de werking van de trust en powers in combinatie met elkaar.[352] Ten gevolge hiervan worden powers veelvuldig verward met de trust.

Teneinde een goed begrip te hebben van beide rechtsfiguren afzonderlijk, dan wel in combinatie met elkaar, worden in het navolgende het verschil

348 *Pennock v Pennock* [1871] LR 13 Eq 144.

349 *Pennock v Pennock* [1871] LR 13 Eq 144; *Edge v Pensions Ombudsman* [2000] Ch 602. Zie ook paragraaf 2.5.8.

350 In het Anglo-Amerikaanse recht kan een trustee slechts een power ten voordele van zichzelf uitoefenen, indien de trustakte dat toestaat. Is deze mogelijkheid niet in de trustakte vastgelegd, dan leidt een dergelijke uitoefening tot nietigheid. Zie hierover uitgebreid: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 46-073 e.v. en nr. 29-062.

351 Zie paragraaf 2.5.3.2 en de aldaar aangehaalde literatuur.

352 Zwalve is één van de weinige Nederlandse rechtsgeleerden die in zijn werk over het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht, kort is ingegaan op de rechtsfiguur van 'powers'. Zie hiervoor: W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 365-370.

tussen een power en een trust en de combinatie van een power en een trust, toegelicht.

5.8.1 Het verschil tussen powers en trusts in het algemeen

Zowel trusts als powers kunnen op velerlei wijzen tot stand komen en voor diverse doeleinden worden aangewend. Beide rechtsfiguren kunnen rechten c.q. belangen in goederen creëren. Het belangrijkste verschil hiertussen is echter gelegen in de mate van vrijheid die de *donee* respectievelijk de trustee heeft. Een rechtsgeldig tot stand gekomen trust, legt aan de trustee trustrechtelijke verplichtingen op; een power verleend aan een *donee*, geeft hem een keuzemogelijkheid.[353] Dit impliceert dat van de trustrechtelijke verplichtingen die in het kader van de totstandkoming van een trust ontstaan, niet kan worden afgeweken. Een power daarentegen geeft de *donee* beslissingsvrijheid op grond waarvan hij naar eigen inzicht kan bepalen of hij al dan niet gebruik maakt van de aan hem verleende bevoegdheid.[354]

Teneinde een goed overzicht te krijgen en daarmee de verschillen tussen trusts en powers te herkennen, worden in onderstaande de tabel de belangrijkste kenmerken van beide rechtsfiguren op een rijtje gezet:[355]

353 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 20; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 285; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 38-39; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 48-49; D. Waters, 'The power in a trust instrument to add and delete benficiaries', *Estates, Trusts & Pensions Journal* 2012/31, p. 174.

354 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 20; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 285; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 38-39; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 332-336; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 48-49.

355 Zie voor de kenmerken van de trust en de power o.a.: J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53 e.v.; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 268-274; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 20-24; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 282; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 152 e.v.

Trust	*Power*
Verplichting *trustee*	Beslissingsvrijheid *donee*
Trustee is de volledige rechthebbende van de trustgoederen en heeft de formele beschikkingsmacht	*Donee* is niet de rechthebbende c.q. heeft geen economisch belang van het goed waarop de power betrekking heeft
Trustrechtelijke verbintenissen zijn in rechte afdwingbaar	De uitoefening van een verleende power zelf is niet in rechte afdwingbaar
Belangen van de beneficiaries staan centraal	Belangen c.q. keuzevrijheid van de *donee staan/staat centraal*
Beneficiaries hebben (potentieel) belang in het trustfonds	Objecten van de verkrijging hebben vóór de uitoefening van de power geen enkel belang in het goed waarop de power betrekking heeft
Bij het overlijden van de *trustee* blijft de trust bestaan en kan een nieuwe *trustee* worden benoemd	Bij het overlijden van de *donee* vervalt de power in beginsel wanneer de *donee* niet is overgegaan tot de uitoefening ervan
Bij het overlijden van één of meer *trustees* aan wie trustgoederen zijn toevertrouwd, blijft/blijven de overgebleven *trustee(s)* ten aanzien van de trust bevoegd	Bij het overlijden van één of meer *donees* aan wie tezamen een power is verleend, gaat de power in beginsel teniet. De power kan enkel tezamen worden uitgeoefend
Voor de geldige totstandkoming van de trust dienen de personen of groep der personen die aangewezen kunnen worden als beneficiaries – op straffe van nietigheid – duidelijk te worden omschreven en bepaalbaar te zijn	De bepaalbaarheid van de objecten van de verkrijging van een power tast de geldigheid van de power in beginsel niet aan, aangezien een power tevens kan worden uitgeoefend ten voordele van een ieder
De *trustee* beheert het trustfonds	De *donee* beheert in beginsel het goed waarop de power betrekking heeft niet

5.8.2 *Het verschil tussen 'mere personal' powers of appointment, 'mere fiduciary' powers of appointment, discretionary trusts en fixed trusts*

In het vorenstaande zijn de voornaamste verschillen tussen 'trust' en 'power' besproken. Een lastiger en uiterst complex domein is het onderscheid tussen powers of appointment en discretionary trusts. Het subtiele, doch cruciale verschil tussen deze figuren, wordt in de praktijk – met name door continentale juristen – met regelmaat over het hoofd gezien.[356] Dientengevolge wordt de term 'discretionary trust' in het continentale recht in bepaalde gevallen te pas, doch veelvuldig te onpas gehanteerd om de 'mere' power of appointment te omschrijven. Ter verduidelijking van beide begrippen en ter voorkoming

356 Voor een voorbeeld hiervan zie: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 23-25, waarin hij verzuimd heeft het onderscheid te maken tussen een 'mere' power of appointment en een discretionary trust.

van verdere verwarring op dit gebied, wordt in het onderstaande het onderscheid tussen discretionary trusts en fixed trusts en vervolgens het onderscheid tussen 'mere personal' powers of appointment, 'mere fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts, toegelicht.

5.8.2.1 De fixed trust en de discretionary trust

Met de instelling van een fixed trust geeft het Anglo-Amerikaanse trustrecht de settlor de mogelijkheid om direct bij de totstandkoming van de betreffende trust de beneficiaries van de trust aan te wijzen en hun aandeel in het trustfonds te bepalen. Wanneer een fixed trust in het leven wordt geroepen, verwerft de in de trustakte aangewezen beneficiary onmiddellijk na de totstandkoming van de trust, een vooraf in de trustakte vastgesteld aandeel in het trustfonds.[357] Dit aandeel representeert een economisch belang in het desbetreffende trustfonds, oftewel 'an interest in possession'.[358] Bij een fixed trust dient een uitkering uit het trustfonds te geschieden overeenkomstig de voorwaarden die voortvloeien uit de trustakte.[359] In casu behelst het woord 'fixed' niet de werkelijke geldelijke waarde waartoe de beneficiary gerechtigd is vanaf het tijdstip van de instelling van de trust, doch enkel het feit dat de trust niet 'discretionary' is, hetgeen betekent dat de trustee geen discretionaire bevoegdheid heeft tot het aanwijzen van de beneficiaries en het bepalen van hun aandeel in het trustfonds.[360]

Discretionary trusts en fixed trusts komen in zoverre met elkaar overeen dat op het moment van de totstandkoming van beide soorten trusts, de trustrechtelijke verplichting ontstaat tot het uitkeren van hetgeen onderdeel uit-

357 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 51; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 26; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 67; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 137-148.

358 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 51; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 26; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 67; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 137-148.

359 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 62; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 26; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 67; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 137-148.

360 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 51; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 67.

maakt van het trustfonds.[361] Waar bij een fixed trust de aanwijzing van de beneficiary en diens aandeel in het trustfonds vooraf in de trustakte bepaald wordt door de settlor bij de instelling van de trust, verschaft de settlor bij een discretionary trust aan de trustee verreikende discretionaire bevoegdheden tot de aanwijzing van beneficiaries uit de groep der personen die als beneficiaries kunnen worden aangewezen en de vaststelling van hun aandeel in de trustgoederen.[362]

In tegenstelling tot de fixed trust, verwerft in beginsel niemand die onderdeel deel is van de groep der personen die als beneficiaries kunnen worden aangewezen c.q. degenen ten behoeve van wie de trustee zijn discretionaire bevoegdheid dient uit te oefenen bij de creatie van de discretionary trust, onmiddellijk een aandeel in het trustfonds waaraan een economisch belang is verbonden.[363] Zolang de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid niet is geschied, heeft de potentiële beneficiary aldus enkel een potentieel aandeel in het trustfonds.[364] Met andere woorden: de potentiële beneficiary verwerft in beginsel bij de totstandkoming van de trust – wegens de verkrijging van een potentieel aandeel – uitsluitend een potentieel belang, in het Nederlandse (fiscale) recht tevens aangeduid als een 'blote verwachting'. Pas op het tijdstip dat de trustee van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik maakt en een beneficiary aanwijst en diens aandeel in het trustfonds bepaalt, materialiseert deze kans zich in een daadwerkelijk verkregen aandeel waaraan een economisch belang is verbonden, ofwel 'an interest in possession'.[365] Het voorgaande betekent echter niet dat de trustee een vrijbrief heeft: hij dient steeds zijn trustrechtelijke taken c.q. verplichtingen na te komen en in het bijzonder op enig moment de trustgoederen – in overeenstemming met de voorwaarden uit de trustakte en het algemene trustrecht – te verdelen onder

361 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 65; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 54.

362 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-024; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 68-69; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 26; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 485; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 149-150.

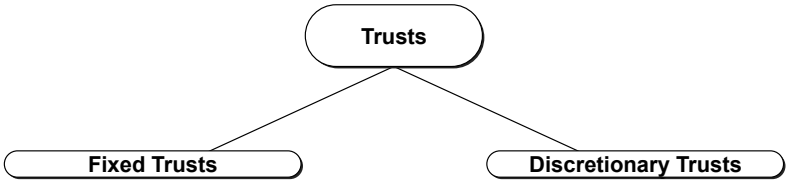
363 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 51-52; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 67-68; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83-84 en p. 185; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 26.

364 *Gartside v IRC* [1968] 2 WLR 277; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 137 en p. 144-146.

365 *Gartside v IRC* [1968] 2 WLR 277; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 51-52; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 67-68; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83-84; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 26.

de aangewezen beneficiaries.[366] Potentiële beneficiaries hebben in het trustrecht derhalve de kans dat zij uiteindelijk niet als daadwerkelijke beneficiaries worden aangewezen, hetgeen betekent dat zij uiteindelijk geen aandeel verwerven waaraan een economisch belang is verbonden.[367] Hierdoor bestaan jegens hen geen uitkeringsverplichtingen.

Het verschil tussen fixed trusts en discretionary trusts kan schematisch als volgt worden weergegeven:



ja	*vooraf vastgestelde beneficiaries*	**nee**
ja	*vooraf vastgesteld aandeel in het trustfonds*	**nee**
ja	*'interest in possession' beneficiaries*	**nee**
nee	*discretionaire bevoegdheid trustee*	**ja**

** Zij hierbij opgemerkt dat er vele gradaties zijn van discretionary trusts*

5.8.2.2 'Mere' powers of appointment, 'fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts[368]

In het Anglo-Amerikaanse trustrecht kunnen trustgoederen – zoals reeds in de eerdere paragrafen is uiteengezet – door middel van de uitoefening van 'mere personal' powers of appointment, 'mere fiduciary' powers of appointment, dan wel de uitoefening van de verleende discretionaire bevoegdheid aan de trustee in het kader van de discretionary trust, worden toebedeeld aan

366 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 51-52; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 283-284; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 26; D. Waters, 'The power in a trust instrument to add and delete benficiaries', *Estates, Trusts & Pensions Journal* 2012/31, p. 174; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 158.

367 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 51-52.

368 Vgl. in dit kader ook: W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 368. Zwalve's uiteenzetting van de powers of appointment is in casu niet geheel zuiver, gelet op het feit dat hij geen onderscheid maakt tussen de 'mere fiduciary' powers of appointment en de discretionaire bevoegdheden van de trustee voorvloeiend uit de discretionary trust.

de aangewezen personen die in aanmerking komen voor de verkrijging van desbetreffende trustgoederen. Gezien het subtiele onderscheid tussen de voornoemde rechtsfiguren, rijst de vraag op welke wijze deze figuren afzonderlijk kunnen worden gekwalificeerd. Afhankelijk van de intentie van settlor, de in de trustakte gebruikte formuleringen, de aard en strekking van de rechten die worden gecreëerd en de voorwaarden die in de trustakte zijn neergelegd, kan worden bepaald of er sprake is van een 'mere personal' power of appointment, een 'mere fiduciary' power of appointment of een discretionary trust.[369]

In alle gevallen waarin de settlor een discretionary trust, een 'mere personal' of een 'mere fiduciary' power of appointment in het leven roept, verkrijgt de *donee* c.q. de trustee discretionaire bevoegdheden ten aanzien van de trustgoederen. Typerend voor de power of appointment is – of het een 'mere personal' of 'mere fiduciary' power of appointment behelst – dat de *donee* een keuzemogelijkheid heeft.[370] Bij de verlening van een 'mere personal' power of appointment, verkrijgt de *donee* de power in diens persoonlijkheid en heeft hij geen enkele verplichting om de verkregen power uit te oefenen. Wordt daarentegen een 'mere fiduciary' power verleend, dan heeft de *donee* nog steeds een keuzevrijheid, doch wordt deze vrijheid beperkt door de overweging van relevante omstandigheden die van tijd tot tijd dient te geschieden.[371]

Een trustee die in het kader van de totstandkoming van een discretionary trust discretionaire bevoegdheden verwerft, vervult – evenals een *donee* van een 'mere fiduciary' power of appointment – een fiduciaire functie. Dit brengt met zich dat de trustee in het kader van de discretionary trust – evenals een *donee* van een 'mere fiduciary' power of appointment – van tijd tot tijd de uitoefening van zijn discretie, aan de hand van relevante omstandigheden, moet overwegen.[372] Terwijl de trustee in casu discretie heeft ten aanzien van de aan te wijzen beneficiaries en de trustgoederen, heeft hij echter – in tegenstelling tot de 'mere personal' en 'mere fiduciary' power of appointment – géén beslissingsvrijheid om te bepalen of hij de aan hem verleende bevoegdheid al dan niet aanwendt.[373] In dat geval heeft hij een *verplichting* tot de aanwijzing van beneficiaries uit de groep der personen die als beneficiaries

369 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 60-62; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 274-275.

370 Zie paragraaf 2.5.3.2.

371 Zie paragraaf 2.5.3.2.

372 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-031 t/m 33-033; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 60; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 161.

373 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-023; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 60; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 134-135; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 428-429; P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 638-639.

kunnen worden aangemerkt en is hij gehouden tot het bepalen van het aandeel van de aangewezen beneficiaries in het trustfonds, waarbij hij rekening dient te houden met het tijdstip van uitoefening en de behoeften van alle potentiële beneficiaries op het tijdstip van uitkering.[374] Deze verplichting vloeit voort uit het trustrecht en is als trustrechtelijke verplichting derhalve onderworpen aan de algemene beginselen van het trustrecht en de voorwaarden zoals neergelegd in de trustakte. Dientengevolge mag de trustee niet in strijd hiermee handelen.

Een trustee kan in het Anglo-Amerikaanse trustrecht aldus op twee wijzen discretie verwerven: door middel van een 'mere fiduciary' power of appointment' of de creatie van een discretionary trust.[375] Opmerkelijk is dat in het Anglo-Amerikaanse trustrecht af en toe termen als 'powers in nature of the trust' 'powers coupled with a duty' of 'trust powers' worden gebruikt om discretionary trusts aan te duiden.[376] Het is echter niet vreemd dat de common law juristen deze terminologieën bezigen: ondanks het feit dat de trustee een verplichting heeft tot aanwijzing van beneficiaries en vaststelling van hun aandeel in het trustfonds, heeft de trustee nog altijd de vrijheid om te bepalen welke potentiële beneficiaries daadwerkelijk worden aangewezen en wat de aard en omvang van hun belang is in het trustfonds. In casu wordt de bevoegdheid van de trustee op grond van de discretionary trust zodanig vormgegeven, dat deze uit zowel een verplichting als discretie bestaat.[377] Teneinde verwarring onder continentale juristen te voorkomen, dient mijns inziens in dit kader louter de term 'discretionary trust' te worden gehanteerd. Het verschil tussen 'mere personal' powers of appointment, 'mere fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts ziet er schematisch als volgt uit:

374 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 28-023, 33-033; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 60; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 134-135; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 428-429; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 38-39; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 153.

375 G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 332.

376 P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 638 e.v.; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-027 t/m 33-029; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 428-430; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 163-164; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 50; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 38-39. Zie ook: J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 274.

377 *Brown v Higgs* (1803) 8 Ves Jr 561.

5.8.2.3 Rechten van objecten van 'mere' powers of appointment, 'fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts bij de uitoefening van verleende bevoegdheden

Uit het bovenstaande blijkt dat het subtiele onderscheid tussen de 'mere personal' powers of appointment, de 'mere fiduciary' powers of appointment en de discretionary trusts buitengewoon lastig is. In het Anglo-Amerikaanse trustrecht is dit onderscheid evenwel van wezenlijk belang voor de bepaling van de rechten van (potentiële) beneficiaries van discretionary trusts en objecten van powers of appointment in de situatie dat de *donee* c.q. de trustee verzuimt de aan hem verleende bevoegdheden uit te oefenen. Afhankelijk van de aard van voornoemde rechtsfiguren, wordt bepaald welke rechtsmiddelen potentiële beneficiaries van discretionary trusts en objecten van powers of appointment tot hun beschikking hebben, opdat de uitoefening van de desbetreffende power c.q. discretionaire bevoegdheid rechtens kan worden afgedwongen.

Objecten van een 'mere personal' power of appointment hebben – ten gevolge van de volledige beslissingsvrijheid van de *donee* – in hun hoedanigheid van object, zowel individueel als tezamen, geen enkel belang in het goed waarop de power betrekking heeft.[378] Dientengevolge kunnen de objecten van verkrijging van een zodanige power, de uitoefening ervan te hunnen behoeve niet rechtens afdwingen.[379] Deze objecten hebben evenmin een afdwingbaar recht om als potentiële verkrijgers van het goed waarop de power betrekking heeft, in aanmerking te worden genomen.[380] Een rechtens afdwingbare verbintenis ontstaat pas op het ogenblik dat de *donee* van de power deze heeft uitgeoefend ten voordele van één of meer objecten die deel uitmaken

378 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 137 en p. 160-161.
379 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 137; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 33-036; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 2.
380 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 137.

van de groep der objecten die kunnen worden aangewezen, gezien het feit dat op dat moment een recht op levering ontstaat.[381]

Is er sprake van een 'mere fiduciary' power of appointment, dan verkrijgen de objecten bij de verlening van de power – net als de objecten van een 'mere personal' power of appointment – in hun hoedanigheid van object, individueel dan wel tezamen, geen enkel belang in het goed waarop de power betrekking heeft.[382] Hierdoor bestaat er voor de objecten ook geen mogelijkheid om de uitoefening van deze power in hun voordeel, rechtens af te dwingen.[383] Vanwege het feit dat de *donee* de taak tot overweging heeft, hebben de objecten van een 'mere fiduciary' power of appointment echter – anders dan de objecten van 'mere personal' power of appointment – een afdwingbaar recht om als potentiële verkrijgers van het goed waarop de power betrekking heeft, te worden beschouwd.[384] Als gevolg van de uitoefening van de power in het voordeel van één of meer objecten, ontstaat op dat tijdstip direct een recht op levering van de *appointive property* en verkrijgt een object een rechtens afdwingbare verbintenis.[385]

Heeft de 'mere personal' power of appointment of een 'mere fiduciary' power of appointment betrekking op trustgoederen en is de *donee* overgegaan tot de uitoefening, dan kan een object het verworven recht op levering dat op dat tijdstip ontstaat, jegens de trustee – als volledige rechthebbende van de trustgoederen – uitoefenen.

Potentiële beneficiaries van discretionary trusts hebben een potentieel belang in het trustfonds en daarmee – in tegenstelling tot de objecten van 'mere personal' of 'mere fiduciary' powers of appointment – meer rechten die zij kunnen uitoefenen jegens de trustee(s). Personen die deel uitmaken van de groep der potentiële beneficiaries van een discretionary trust, kunnen allereerst individueel of tezamen, in rechte vorderen dat de trustee bij de uitoefening van zijn discretie, hen als potentiële verkrijgers van een uitkering uit de trust dient te beschouwen.[386] Daarnaast kunnen potentiële beneficiaries individueel

381 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 137; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 52.

382 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 138; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 2.

383 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 138.

384 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 138; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 430-432; P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 642-643; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 42-43.

385 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 138; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 52.

386 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 138; P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 640-642; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press

dan wel tezamen, afdwingen dat de trustee van tijd tot tijd de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid moet overwegen.[387] Het derde en belangrijkste recht dat in het Anglo-Amerikaanse trustrecht in dit kader van doorslaggevende betekenis is, is het recht van de potentiële beneficiaries tezamen om in rechte af te dwingen dat de trustee overgaat tot de verdeling van de trustgoederen onder alle potentiële beneficiaries.[388] Het laatste kan evenwel uitsluitend geschieden indien alle potentiële beneficiaries tezamen wils- en handelingsbekwaam zijn en dit unaniem hebben bepaald.[389] Blijft de trustee in gebreke en respecteert hij de eerdergenoemde rechten van de potentiële beneficiaries niet, dan handelt hij in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen en pleegt hij derhalve een 'breach of trust'.[390]

5.8.2.4 Bepaalbaarheid van objecten van 'fiduciary' powers of appointment en discretionary trusts met betrekking tot de afdwingbaarheid van hun rechten

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat uitsluitend objecten van 'mere fiduciary' powers en potentiële beneficiaries van discretionary trusts rechten hebben die vóór de uitoefening van de aan de *donee* c.q. de trustee verleende bevoegdheden, in rechte kunnen worden afgedwongen. Willen objecten van een 'mere fiduciary' power of appointment of potentiële beneficiaries van een discretionary trust naar Anglo-Amerikaans recht hun verworven rechten daadwerkelijk uitoefenen, dan dient het duidelijk en bepaalbaar te zijn welke personen tot de groep der objecten c.q. potentiële beneficiaries behoren. In dit kader speelt het vereiste van 'certainty of objects' – naast zijn toepassing als constitutief vereiste voor de totstandkoming van de trust – een doorslaggevende rol.

Terwijl potentiële beneficiaries bij de totstandkoming van een discretionary trust de in voorgaande paragraaf besproken rechten verwerven, zijn zij in

---

2020, p. 430; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-034 en 33-035.

387 G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 138; P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 640-642; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-034 en 33-035.

388 *Saunders v Vautier* [1841] 41 ER 482; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 138; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 433.

389 *Saunders v Vautier* [1841] 41 ER 482; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 52; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 41-43.

390 P.S. Davies & G. Virgo, Equity & Trusts. *Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 640-642; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 433; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 2; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 332. Zie voorts paragraaf 3.3.9.

beginsel niet bekend met hun status als potentiële beneficiaries. Dat is *an sich* niet ongebruikelijk, gelet op het feit dat het trustdocument bij welke een discretionary trust is ingesteld, niet openbaar is.[391] Dientengevolge heeft de trustee in beginsel een zekere informatieplicht jegens de potentiële beneficiaries en dient hij hen aldus van hun rechten in kennis te stellen.[392] Teneinde te voldoen aan de voornoemde informatieplicht, vereist het Anglo-Amerikaanse recht dat de trustee – door middel van een degelijk onderzoek naar de potentiële beneficiaries – een redelijk overzicht heeft van de personen die aangemerkt kunnen worden als potentiële beneficiaries.[393] In casu behoeft de trustee niet noodzakelijkerwijs een complete lijst op te stellen, doch moet hij aan de hand van specifieke objectieve kenmerken precies kunnen bepalen welke personen al dan niet tot de groep der potentiële beneficiaries behoren.[394] Daarnaast moet een dergelijk onderzoek voor de trustee praktisch uitvoerbaar zijn.[395] Zolang de trustee potentiële beneficiaries op basis van een duidelijke omschrijving kan vaststellen en er sprake is van een praktisch uitvoerbaar onderzoek, wordt er in dit kader voldaan aan het vereiste van 'certainty of objects'.

Saillant detail is dat naar Anglo-Amerikaans recht aangenomen wordt dat de *donee* – anders dan een trustee in het geval van discretionary trusts – jegens objecten van een 'mere fiduciary' power of appointment, geen informatieplicht heeft.[396] Dit brengt met zich dat de *donee* onderzoek moet verrichten naar

391 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 433.

392 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 433. P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 42-43; C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 48 en p. 357-358; D.J. Hayton, 'The irreducible core content of trusteeship' in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 49.

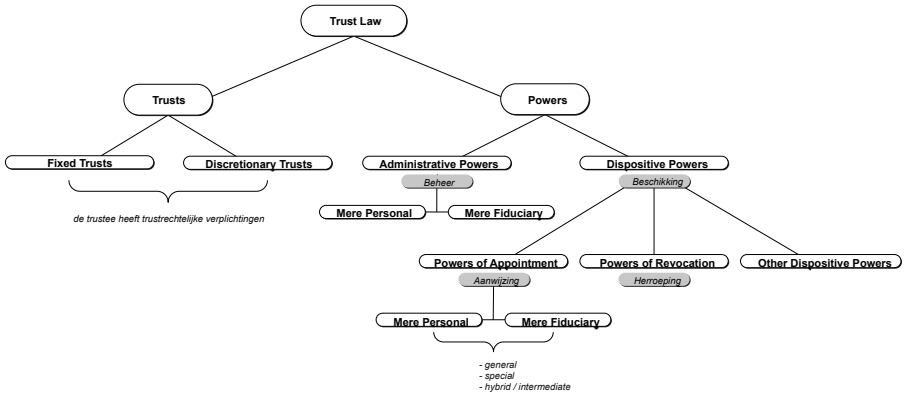
393 *McPhail v Doulton* [1971] AC 424; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 433; D.J. Hayton, 'The irreducible core content of trusteeship' in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 49.

394 *McPhail v Doulton* [1971] AC 424; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 163 en p. 168; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 338-341; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 271-273.

395 *McPhail v Doulton* [1971] AC 424; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 89-90; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 163; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 338-341; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 271-273.

396 *In Re Manisty's Settlement* [1974] 1 Ch 17 [25]; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 433. In het Anglo-Amerikaanse recht is aan een object van een power geen recht op informatie over zijn status toegekend, aangezien aan een trustee trustrechtelijke verplichtingen zijn opgelegd die een *donee* van een power niet heeft en een potentiële beneficiary door zijn potentieel belang in het trustfonds rechten kan uitoefenen die een object van een power niet heeft. Zie hiervoor: J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 89-90 en p. 189-190; D.J. Hayton, 'The irreducible core content of trusteeship' in: A.J. Oakley, *Trends in Contem-*

de objecten van de desbetreffende power, doch het vereiste van 'certainty of objects' is in dat geval minder stringent.[397/398] Indien objecten in het kader van een 'mere fiduciary' power of appointment afdwingbare rechten hebben, is doorslaggevend dat de donee zich op het tijdstip van de uitoefening van de aan hem verleende power, ervan vergewist dat de persoon die hij wil aanwijzen als verkrijger van het goed, al dan niet behoort tot de groep der objecten van de power.[399] Het Anglo-Amerikaanse recht vereist echter niet dat het door de *donee* uitgevoerde onderzoek voor hem praktisch uitvoerbaar dient te zijn.[400] In het Anglo-Amerikaanse recht wordt de toets voor het voldoen aan het vereiste van 'certainty of objects' – of het een discretionary trust of een 'mere fiduciary' power of appointment betreft – ook wel aangeduid als de '*is or is not test*'.[401] Al hetgeen reeds is uiteengezet over trusts en powers kan schematisch als volgt worden weergegeven:



porary Trust Law, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 50-52.

397 *Re Gestetner Settlement* [1953] Ch 672. Zie ook: J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 82-83; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 119-125; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 42-43; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 163-164 en p. 166-167; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 336.

398 Alhoewel de objecten van een 'mere personal' power of appointment met betrekking tot de uitoefening van de power geen rechten heeft, is het vereiste van 'certainty of objects' dat voor 'mere fiduciary' power of appointment in dit kader geldt, mutatis mutandis van toepassing op de 'mere personal' power of appointment.

399 *Re Gestetner Settlement* [1953] Ch 672; *Re Gulbenkian's Settlements Trusts* [1970] AC 508; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 52; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 169-170; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 271-273.

400 *McPhail v Doulton* [1971] AC 424; J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 89-90; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 337.

401 *Re Gestetner Settlement* [1953] Ch 672; *Re Gulbenkian's Settlements Trusts* [1970] AC 508; *McPhail v Doulton* [1971] AC 424.

5.8.3 De combinatie van powers en trusts in het Anglo-Amerikaanse trustrecht

Zoals reeds eerder is aangestipt, is de combinatie van powers en trusts in het moderne Anglo-Amerikaanse trustrecht thans niet meer weg te denken. Bij de totstandkoming van een trust is het gebruikelijk dat 'administrative' powers én 'dispositive' powers worden verleend. Het meest interessante behelst echter de situatie waarin de instelling van een discretionary of fixed trust gecombineerd wordt met de verlening van een 'dispositive' power. Daarnaast kan het voorkomen dat naast de trustee en potentiële beneficiaries, ook derden – in hoedanigheid van object of *donee* – betrokken kunnen zijn bij de trust. Wanneer powers – in het bijzonder 'dispositive' powers – en trusts worden gecombineerd, kan de uitoefening van een zodanige power invloed hebben op de werking van de trust én de rechten van potentiële beneficiaries. Welke regels past het Anglo-Amerikaanse trustrecht in een dergelijk geval toe? Prevaleert de uitoefening van de 'dispositive' power boven de rechten van potentiële beneficiaries? In het navolgende zal dieper worden ingegaan op deze problematiek.

Zoals reeds eerder is vermeld, hebben alle 'dispositive' powers die de settlor in het kader van het trustrecht heeft verleend – ongeacht of er sprake is van een 'mere personal' of een 'mere fiduciary' power – betrekking op de goederen die deel uitmaken van het trustfonds. Dit impliceert dat de uitoefening van de 'dispositive' power tot gevolg heeft dat de persoon c.q. personen die de *donee* als verkrijger(s) heeft/hebben aangewezen, een recht op levering van één of meer trustgoederen verkrijgt c.q. verkrijgen. De trustee dient vervolgens – als volledige rechthebbende van de trustgoederen – de desbetreffende goederen over te dragen aan het aangewezen object c.q. de aangewezen objecten. Verkrijgt het object alle trustgoederen, dan leidt de uitoefening van de power tot het einde van de trust. Wanneer de *donee* echter niet over is gegaan tot de uitoefening van de door hem verleende power, zijn de personen die deel uitmaken van de groep der (potentiële) beneficiaries – als *takers in default of appointment* – gerechtigd tot hetgeen onderdeel is van het trustfonds.[402]

De continentale jurist zou in casu kunnen denken dat de *donee* – gelet op het feit dat (potentiële) beneficiaries binnen het trustrecht sterke rechten hebben – bij de uitoefening van zijn power de rechten van de (potentiële) beneficiaries in aanmerking dient te nemen. In bepaalde gevallen kan zich zelfs de situatie voordoen dat de verkregen rechten van een object na de uitoefening van de power, met de rechten van de (potentiële) beneficiaries botsen.[403]

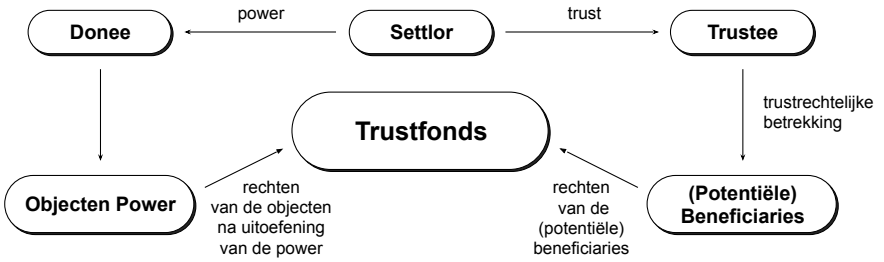
---

402 Zie ook: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 33-028; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53.

403 L. Smith, 'Understanding the power' in: W. Swadling (red.), *The Quistclose Trust: Critical Essays*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 70-71.

Echter, zowel de 'mere personal' als een 'mere fiduciary' power staat een ongelijke behandeling van de objecten van de power ten opzichte van (potentiële) beneficiaries toe; als gevolg van de uitoefening van de power hoeft de *donee* geen rekening te houden met de belangen van de beneficiaries.[404/405] In dat geval prevaleert de keuzevrijheid van de donee én het doel waarvoor de power is gegeven, met als gevolg dat de uitoefening van de 'dispositive' power de rechten van de (potentiële) beneficiaries terzijde schuift.[406] Het voorgaande is evenzeer van toepassing op gevallen waarin de personen die behoren tot de groep der objecten, géén (potentiële) beneficiaries van de trust zijn.[407]

Het bovengeschetste kan als volgt worden weergegeven:



6 AFSLUITEND

In dit hoofdstuk is uitgebreid uiteengezet op welke wijze de trust functioneert en wat de rechtsgevolgen zijn van de trust in het Anglo-Amerikaanse recht. Hierbij zijn de onder meer de definitie van de trust in het algemeen, de trust categorieën, een uitgebreide analyse van de 'express' trust en de praktijktoepassingen van de trust aan bod gekomen. Daarnaast is de in het Anglo-Amerikaanse trustrecht voorkomende rechtsfiguur van 'powers' die onlosmakelijk is verbonden met de trust, uitvoerig belicht.

---

404 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-025; L. Smith, 'Understanding the power' in: W. Swadling (red.), *The Quistclose Trust: Critical Essays*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 70-71.

405 Ingeval een 'mere fiduciary' power is verleend, moet de donee – als gevolg van de afweging die hij van tijd tot tijd dient te maken – enkel de belangen van de objecten af te wegen bij de uitoefening van de power. Zie hiervoor: L. Smith, 'Understanding the power' in: W. Swadling (red.), *The Quistclose Trust: Critical Essays*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 70-71.

406 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 28-025; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 53; L. Smith, 'Understanding the power' in: W. Swadling (red.), *The Quistclose Trust: Critical Essays*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 70-71.

407 L. Smith, 'Understanding the power' in: W. Swadling (red.), *The Quistclose Trust: Critical Essays*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 70-71.

Deel II

Het Curaçaose trustrecht

3 De trust naar Curaçaos recht

1 INLEIDING

Door het streven naar globalisering en de dominerende rol van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur in de internationale estate plannings- en financieringspraktijk, zijn er in de afgelopen decennia veel discussies gevoerd in verschillende 'civil law' landen, waaronder Nederland en de voormalige Nederlandse Antillen, over de invoering van de Anglo-Amerikaanse trust. Deze juridische constructie, die al eeuwenlang geïncorporeerd is in de 'common law', is tot op heden voor het continentale recht een vreemde eend in de bijt. Anno 2012 heeft Curaçao als eerste zelfstandig land binnen het Koninkrijk, de eerste stap gezet en de trust in zijn wetgeving geïntroduceerd.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de achtergrond en de inhoud van de Curaçaose trustwetgeving.

2 DE CURAÇAOSE WETGEVING EN DE STAATKUNDIGE STRUCTUUR

2.1 De historische achtergrond en het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden[1]

Met de komst van de West-Indische Compagnie in 1634 nam de periode van de Nederlandse heerschappij op Curaçao een aanvang. Deze heerschappij leidde ertoe dat Curaçao in de daaropvolgende drie eeuwen een aantal grote economische en maatschappelijke ontwikkelingen heeft doorgemaakt. Als gevolg van het dekolonisatieproces na de Tweede Wereldoorlog kwamen de

1 Voor een uitgebreide geschiedenis over en uiteenzetting van dit onderwerp zie onder andere: A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 55-85; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 33-46, p. 49-66 en de aldaar besproken literatuur; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1-18; L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009; J.M. Saleh, *50 jaar Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden: in vrijheid en verscheidenheid verbonden of tot elkaar veroordeeld* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2006; A. Van Romondt e.a. (red.), *Gedenkboek 50 jaar statuut: een Koninkrijksbundel*, Zutphen: Walburg Pers 2005; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003; P.C Verton & P.J.A. Ter Hoeven, *Politieke dynamiek en dekolonisatie: de Nederlandse Antillen tussen autonomie en onafhankelijkheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1977.

overzeese gebieden die destijds door Nederland werden bestuurd, waaronder Curaçao, in verzet om een wijziging van de staatkundige verhoudingen te bewerkstelligen.[2] Mede naar aanleiding van de druk van de internationale gemeenschap begonnen tussen Nederland, de (voormalige) Nederlandse Antillen en Suriname onderhandelingen over een mogelijke hervorming van de staatkundige verhoudingen. Het onderhandelingsproces werd officieel op 15 december 1954 afgesloten met het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden (*hierna*: het Statuut) als sluitstuk.[3] Met de ondertekening van dit document werden de Nederlandse Antillen die toentertijd bestonden uit Curaçao, Bonaire, Aruba, Sint Maarten, Saba en Sint Eustatius, als een autonoom land binnen het Koninkrijk geboren.

2.2 De ontmanteling van de Nederlandse Antillen

De (voormalige) Nederlandse Antillen zijn vanaf de inwerkingtreding van het Statuut een autonoom land met een eigen regering binnen het Koninkrijk der Nederlanden (*hierna*: het Koninkrijk) geweest.

De (voormalige) Nederlandse Antillen hebben een rijke geschiedenis gekend van ruim 56 jaar. Sinds de inwerkingtreding van het Statuut in 1954 tot 1986 is Aruba onderdeel geweest van de (voormalige) Nederlandse Antillen.[4] Op 1 januari 1986 heeft Aruba een aparte status gekregen en sedertdien functioneert het als zelfstandig land binnen het Koninkrijk.[5]

Van 1986 tot 10 oktober 2010 hebben de eilanden Curaçao, Bonaire, Sint Maarten, Saba en Sint Eustatius de Nederlandse Antillen gevormd. Onder andere wegens bestuurlijke en financiële onenigheden tussen de eilanden is

2 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 59-61; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 37-38; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1-5; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 14-15;L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009, p. 97-98.

3 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 61 en p. 121-122; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 38; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 5-7; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 14; L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009, p. 98-99.

4 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 122; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 38-39; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 8-10. Zie ook: A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 62-68.

5 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 68 en p. 122; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 39; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9.

de staatkundige herstructurering binnen het Koninkrijk op gang gebracht.[6] Het echte ontmantelingsproces begon echter al na 2004, nadat alle eilanden van de Antillen via referenda over hun staatkeuze hadden beslist. De ontmanteling van de Nederlandse Antillen voltrok zich officieel op 10 oktober 2010 en betekende het einde van de Nederlandse Antillen.

Curaçao en Sint Maarten zijn landen binnen het Koninkrijk geworden met ieder een autonome status. De eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba, tezamen officieel Caribisch Nederland, doch kortweg aangeduid als de BES-eilanden, zijn openbare lichamen geworden van Nederland en genieten een bijzondere status als gemeente.[7]

Thans bestaat het Koninkrijk aldus uit de landen Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten.[8]

2.3 Het concordantiebeginsel in het Statuut

Sedert zijn totstandkoming in 1954 regelt het Statuut de staatsrechtelijke betrekkingen en aangelegenheden binnen het Koninkrijk.[9] Het Koninkrijk kenmerkt zich door een bijzondere rechtsorde, die gegrond is op de pijlers vrijheid, gelijkwaardigheid en verbondenheid.[10] Ieder land binnen deze rechtsorde kent een eigen bestuurssysteem dat gebaseerd is op de parlementaire democratie en draagt zorg voor zijn eigen aangelegenheden. Een aantal collectieve belangen en rechten worden op voet van de eerdergenoemde pijlers, behartigd en gewaarborgd door het Koninkrijk.[11]

Een grondbeginsel dat van belang is voor de privaatrechtelijke wetgeving is het zogenoemde concordantiebeginsel, neergelegd in artikel 39 van het Statuut. Dit beginsel bepaalt dat onder andere het burgerlijk en handelsrecht binnen de landen van het Koninkrijk "*zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze wordt geregeld*".[12] Met andere woorden, de landen dienen ondanks hun ver-

6 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 75-82; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 39-43; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 10-18.

7 Art. 132a Gw; A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 123-127.

8 Art. 1 Statuut; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 77-79.

9 Art. 3 Statuut.

10 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 121-122 en p. 132-133; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 49-50; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 23-25; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 18.

11 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 145-148; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 56-59; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 23-25; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 18 en 27.

12 Art. 39 lid 1 Statuut.

schillende economische en maatschappelijke achtergronden, onder meer het privaatrecht op Koninkrijksniveau te harmoniseren.[13] Voor het trustrecht kan het concordantiebeginsel zeker een belangrijke rol spelen bij de introductie van de trustfiguur in het Nederlandse rechtssysteem.[14]

2.4 De invoering van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (en later Curaçao)

De voorloper van de Nederlandse Antillen, toentertijd Curaçao en de Onderhorigheden[15] genaamd, kende reeds in de tweede helft van de 19e eeuw een eigen codificatie van het privaatrecht. Dit Burgerlijk Wetboek heeft zijn intrede gedaan op 1 mei 1869 en was nagenoeg gelijkluidend aan het in 1838 ingevoerde Nederlandse Burgerlijk Wetboek.[16] Door de grote invloed die het Franse recht had op het toenmalige Nederlandse Burgerlijk Wetboek en het hanteren van de Code Civil van 1804 als groot voorbeeld bij zijn totstandkoming, heeft het toenmalige wetboek van 1869 ook deze invloeden meegekregen.[17]

Als gevolg van talrijke rechtsontwikkelingen op het gebied van het burgerlijk recht en de toenemende discrepantie tussen de codificatie en gewijzigde maatschappelijke opvattingen, werd in Nederland in de tweede helft van de 20e eeuw het project tot het samenstellen van een Nieuw Burgerlijk Wetboek in gang gezet.[18] Uit praktische overwegingen besloten de Nederlandse Antillen evenals Nederland, over te gaan tot herziening van het burgerlijk recht.[19] Om het plan te realiseren werd er een Nederlands-Antilliaanse Commissie herziening Burgerlijk Wetboek ingesteld die als taak had een Burgerlijk Wet-

13 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 198-201; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 17-18;C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 193-198; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 103-104. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 1.6.

14 Zie voor dit punt hoofdstuk 5.

15 Van 1854 tot 1936 werden de voormalige Nederlandse Antillen, Curaçao en de Onderhorigheden genoemd. Voor een uiteenzetting van deze periode zie L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009, p. 94-95.

16 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 7.

17 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 7.

18 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 8-9.

19 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 9. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 1.5.

boek gelijksoortig aan het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek te ontwerpen, rekening houdend met de plaatselijke cultuur en de maatschappelijke opvattingen.[20]

De vernieuwing van het Nederlands-Antilliaanse Burgerlijk Wetboek werd in twee fasen volbracht. De eerste fase van het project omvatte de invoering van Boek 1 (personen – en familierecht) op 1 januari 2001, gevolgd door de Boeken 3,5,6,7 en 8 (vermogensrecht) op 15 januari 2001 en tot slot Boek 2 (rechtspersonenrecht) op 1 maart 2004.[21/22] De tweede fase van het vernieuwingsproces liet lange tijd op zich wachten als gevolg van de gebeurtenissen rondom het ontmantelingsproces van de (voormalige) Nederlandse Antillen. Als autonoom land koos Curaçao voor de voortzetting van het herzieningsproject. De overige wijzigingen – zoals de invoering van het nieuwe erfrecht en de aangebrachte wijzigingen en aanvullingen in de overige boeken van het BWC – zijn op 1 januari 2012 in werking getreden.[23]

2.5 De ontwikkeling van de trustwetgeving in het Curaçaose recht

Door zijn gunstige ligging in het Caribisch gebied heeft Curaçao in de vorige eeuw een brede internationale financiële sector, met name de offshore-praktijk, opgebouwd en heeft het voor lange tijd als financieel centrum gefungeerd.

De discussie omtrent het voornemen tot de invoering van de trustfiguur in het Curaçaose recht is voor het eerst in de tweede helft van de twintigste eeuw op gang gebracht. Door de opkomst van de (voormalige) Nederlandse Antillen als belastingparadijs en de belangstelling destijds voor de trustfiguur, verscheen in de daaropvolgende jaren een reeks wetsontwerpen die waren opgesteld door een aantal lokale en Nederlandse rechtsgeleerden.[24] Het debat

---

20 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 9. Zie ook: J.P. de Haan, 'Vreemd recht. Enkele opmerkingen over Nederlands-Antilliaans recht n.a.v. het 50-jarig bestaan van het concordantiebeginsel', in: A.C. van Romondt e.a. (red.), *Gedenkboek 50 jaar Statuut*, Walburg Pers, Zutphen, 2005, p. 137.

21 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 11.

22 Per 1 januari 2021 zijn een aantal ingrijpende wijzigingen doorgevoerd in Boek 2 BWC. Zie hiervoor: Landsverordening nadere wijziging Boek 2 BW, *Publicatieblad* 2020, nr. 163.

23 J.P. de Haan, 'De overgangswetgeving en de geldende wetgeving van Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden in verband met de opheffing van de Nederlandse Antillen', *WPNR* 2011/6898, p. 694-697. Zie voor een analyse van deze wijzigingen: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019.

24 Zie ook: M.L. Alexander, 'Kanttekeningen inzake drie wetsontwerpen tot invoering van de common law trust in de Nederlandse Antillen' in: W. Breemhaar & T.R. Hidma (red.), *Samenleven. Samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983, p. 1-11; MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer:

inzake de wenselijkheid van een eigen trustwetgeving werd met de inwerkingtreding van het Haagse Trustverdrag in Nederland opnieuw aangewakkerd en is in toenemende mate van betekenis geworden door de komst van het zogeheten Nieuw Fiscaal Raamwerk (NFR) op fiscaal gebied.[25] De afname van het aantal offshore-vennootschappen in de afgelopen jaren heeft ertoe geleid dat de Curaçaose wetgever naar instrumenten heeft gezocht om de Curaçaose economie een stimulans te geven en het land weer als aantrekkelijk internationaal financieringscentrum de belastingconcurrentie te laten aangaan.[26] Ter bevordering hiervan en vanwege de dominante positie van de rechtsfiguur trust in de internationale financieringswereld, heeft de Curaçaose wetgever naast de invoering van het NFR op fiscaal niveau, al in 1998 een trustachtige rechtsfiguur in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd, de zogeheten stichting particulier fonds (SPF).[27] In vervolg op de introductie van de trustachtige SPF in 1998 verlangde de Curaçaose wetgever naar een volwaardige eigen trustwetgeving. Hieraan lag ten grondslag het feit dat de trustfiguur al een vertrouwde en bekende juridische constructie was in de internationale financiële wereld. Als gevolg hiervan zou de trust als aantrekkelijk financieel product in de internationale financieringspraktijk kunnen worden gepresenteerd en zou de wetgever op deze wijze de buitengaatse sector kunnen steunen.[28]

Kluwer 2019, par. 4.71; M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 809-810.

25 In 2001 is het Nieuw Fiscaal Raamwerk (NFR) in de voormalige Nederlandse Antillen, waaronder Curaçao, geïntroduceerd en omvat ingrijpende wetswijzigingen en de hervorming van het Nederlands-Antilliaanse fiscale stelsel. Deze introductie is het gevolg van een aantal internationale ontwikkelingen omtrent het tegengaan van belastingontwijking (anti-misbruik belastingmaatregelen in het Westen) en het wereldwijd bevorderen van eerlijke belastingconcurrentie. Door de afname van de offshore-praktijk in de laatste jaren, is er getracht om onder andere via het NFR, de Nederlands-Antilliaanse economie te stimuleren en de inkrimpende offshore-praktijk te versterken. Het oude fiscaal regime dat voor 2001 toepasselijk was op buitenlandse vennootschappen in de financiële sector is met de introductie van het NFR per 1 januari 2002 afgeschaft. Echter, het eerdergenoemde regime werd voor een aantal oude 'offshore companies' via de overgangsregeling van het NFR tot 2019 gehanteerd. Zie hiervoor: S.R. Vanenburg & A. Kattouw, *Het Nieuw Fiscaal Raamwerk op de Nederlandse Antillen – De Antillen als nieuwe vestigingsplaats voor de internationale financiële dienstensector*, Deventer: Kluwer 2002, p. 7-12 en 81-83.

26 M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 816-817.

27 In de internationale financieringswereld staat de SPF bekend als 'The Private Foundation'.

28 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1-2; M.L. Alexander, 'Kanttekeningen inzake drie wetsontwerpen tot invoering van de common law trust in de Nederlandse Antillen' in: W. Breemhaar & T.R. Hidma (red.), *Samenleven. Samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983, p. 2. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 4.71; M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 816; J.W.M. Thesseling, 'De Antilliaanse Trust', *WPNR* 1999/6356, p. 340-345.

De Curaçaose trustwetgeving is na een voorbereidingsperiode van tien jaar op 1 januari 2012 in werking getreden. Met deze invoering is Curaçao als eerste land binnen het Koninkrijk een koploper wat betreft het trustrecht en is Curaçao de moeilijke uitdaging op dit gebied aangegaan.

2.6 Het ontbreken van het fiduciaverbod in het Curaçaose recht[29]

Bij de introductie van het nieuw Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (BWNA) heeft de toenmalige wetgever, in tegenstelling tot het Nederlandse recht, een economische benadering gekozen inzake het fiduciaverbod. De Curaçaose (*lees:* Nederlands-Antilliaanse) wetgever heeft destijds geopteerd om de invoering van dit verbod achterwege te laten, teneinde een negatieve impact op de Curaçaose positie in het internationale financieringsverkeer te voorkomen en meer financieringswijzen mogelijk te maken.[30] Het gevolg hiervan is dat het fiduciaverbod geen beletsel vormt voor de werking van de Curaçaose trust. In het Curaçaose goederenrecht bestaat de fiduciaire eigendomsoverdracht aldus voort naast het wettelijk stil pandrecht.

29 Het fiduciaverbod is neergelegd in artikel 3:84 lid 3 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek en heeft betrekking op de twee titels die bij eigendomsoverdracht door de wet ongeldig zijn verklaard. De eerste titel die door de wet als ongeldig wordt aangemerkt, is de eigendomsoverdracht ten titel van verhaal (*fiducia cum creditore*). De tweede titel die als ongeldig wordt beschouwd heeft betrekking op de eigendomsoverdracht ten titel van beheer (*fiducia cum amico*). Zie voor een uiteenzetting van het fiduciaverbod o.a.: Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 113 en 113a; H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties*, Bju 2019, p. 117-122; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 94-102; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 276 t/m 278; M.H.E. Rongen, *Cessie (Onderneming en recht nr. 70)*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk VII; W.H.M. Reehuis, *Overdracht (Monografieën BW nr. B6a.)*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 8.

30 M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 742-745; J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 4.68. Zie ook: F.B.M. Kunneman, 'De rechtspositie van de fiduciair gerechtigde naar nieuw Nederlands-Antilliaans burgerlijk recht', *WPNR* 1999/6356, p. 350-357; J.F.M. Janssen, 'Revival van de zekerheidsoverdracht?', *WPNR* 2005/6610, p. 133-143.

3 De Curaçaose trust[31]

3.1 De Curaçaose trust in het algemeen[32]

3.1.1 De achtergrond van de trustwetgeving

De Landsverordening Trust[33] is op 1 januari 2012 op Curaçao van kracht geworden. De huidige trustwetgeving vindt haar oorsprong in het Anglo-Amerikaanse trustrecht en het Haagse Trustverdrag[34], alsmede in de door geleerden ontwikkelde 'European Principles of Trust Law'.[35] Alhoewel voor de Curaçaose trustwetgeving inspiratie ontleend is aan het Haagse Trustverdrag, is Curaçao tot heden geen partij bij dit verdrag.[36/37]

De Curaçaose trustregeling is vervat in titel 3.6 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (*hierna*: BWC) en bestaat uit 36 artikelen. De bepalingen van de trustwetgeving zijn grotendeels van regelend recht en het algemene goederenrecht is in beginsel naast de bepalingen van deze titel van toepassing.

De Curaçaose wetgever heeft bij de inrichting van een eigen trustwetgeving uitsluitend gekozen voor de introductie van de 'express' trust. Aan deze bewuste keuze ligt het feit ten grondslag dat de wetgever ervan uit is gegaan, dat er in de praktijk minder animo bestaat voor andere trustvormen en dat de 'express trust' betere aansluiting vindt bij het continentaal rechtssysteem.[38]

---

31 Aertsen heeft in zijn dissertatie en in een artikel het toentertijd aanhangige wetsvoorstel betreffende de invoering van de trust in het Nederlands Antilliaanse recht in grote lijnen besproken en heeft te kennen gegeven dat hij daarover een positief oordeel heeft. Dat wetsvoorstel is op enkele kleine punten na, gelijkluidend aan de thans vigerende trustwetgeving in het Curaçaose recht. Anders dan in de uiteenzetting van Aertsen wordt de Curaçaose trust in dit hoofdstuk onderworpen aan een kritische beschouwing. Zie de bespreking van Aertsen: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 193 e.v.; D.W. Aertsen, 'De introductie van de trust in het Nederlands-Antilliaanse recht', *GROM* 2002/19.15, p. 15-45.

32 In de volgende paragrafen wordt voornamelijk de instelling van een trust ten behoeve van één of meer (potentiële) begunstigden uiteengezet. In paragraaf 3.3.10 zal dieper op de instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel worden ingegaan.

33 Landsverordening Trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67.

34 Nederland is sinds 1 februari 1996 partij bij het Haags Trustverdrag.

35 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1. Zie ook: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 13-20 en p. 29-64.

36 https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/000066#Koninkrijk .

37 Vanwege het voornemen van Curaçao om een eigen trustwetgeving in het leven te roepen, had de wetgever in de periode voorafgaand aan de introductie van de trustwetgeving. besloten om af te zien van de toetreding tot dit verdrag. Wel bestaat het voornemen om in de toekomst een Landsverordening conflictenrecht trusts in te voeren, teneinde medegelding van het Haagse Trustverdrag te bewerkstelligen. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1; M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek,

3.1.2 De omschrijving en het wezen van de Curaçaose trust

Voor wat betreft de omschrijving van een trust in het Curaçaose recht, heeft de wetgever aansluiting gezocht bij art. 2 van het Haagse Trustverdrag (*hierna*: HTV).[39] Ingevolge art. 3:127 lid 1 BWC doelt de trust op:

> "rechtsbetrekkingen die bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer een trustee rechthebbende op goederen is of wordt ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel."

Hieruit volgt dat er bij de instelling van de Curaçaose trust een keuze kan worden gemaakt voor een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel (een 'purpose' of 'charitable' trust) of een trust ten bate van één of meer (potentiële) begunstigden (een 'private express' trust) en berust de instelling van de trust op een daartoe strekkende rechtshandeling van de insteller.

Hoewel de Curaçaose wetgever zich niet expliciet uitlaat over het wezen van de trust, heeft de rechtshandeling tot de instelling van de trust in het Curaçaose trustrecht mijns inziens tot gevolg dat een trustverband over een aantal door de insteller van de trust aangewezen goederen in het leven wordt geroepen.[40/41] Wat de precieze strekking van het trustverband is, is afhankelijk van hetgeen is neergelegd in de trustakte. Gelijktijdig met de totstandkoming van de trust en daarmee de vaststelling van de strekking van het trustverband, ontstaat mijns inziens – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – van rechtswege een fiduciaire rechtsverhouding, de trustrechtelijke rechtsverhouding, tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde. De strekking van

---

Den Haag: Bju 2016, p. 815-816. Het is mij echter een raadsel waarom de Curaçaose wetgever tot heden – ondanks zijn voornemen – geen geschreven regels op het gebied van het internationaal en interregionaal trustrecht heeft ontwikkeld en geïntroduceerd, mede gelet op het feit dat de Curaçaose trustwetgeving gericht is op de internationale financiële gremia en de Curaçaose trust hierdoor deel zal nemen aan het internationale rechtsverkeer. Daarnaast zullen Anglo-Amerikaanse trusts – vanwege de ligging van Curaçao op het continent Amerika, de gunstige Curaçaose wetgeving, het feit dat Curaçao onderdeel is van het Koninkrijk en daarmee aantrekkelijk is voor cliënten uit 'common law' landen – ongetwijfeld in aanraking komen met de Curaçaose rechtssfeer. Vgl. voorts: K.R. Filesia, 'De Curaçaose trust in het Nederlandse recht', *WPNR* 2018/7191, p. 355-358; H.Th.M Burgers, 'De erkenning van de Curaçaose trust in het Nederlandse recht', *WPNR* 2018/7206, p. 678-680; K.R. Filesia, 'Naschrift', *WPNR* 2018/7206, p. 680-682.

38 Zie ook: J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 287 en art. 3 HTV.

39 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5.

40 Zie voor de beschrijving door de wetgever van de trustee's verhouding tot de trustgoederen: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2 en art. 3:127 lid 2 sub c BWC. Vgl. ook: J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 287.

41 Het trustverband heeft derhalve goederenrechtelijk effect. In vergelijkbare zin: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 207; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 81 en p. 88-89.

het trustverband bepaalt derhalve de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan de ontstane trustrechtelijke rechtsbetrekking.

Het trustverband dat de instelling van de trust heeft teweeggebracht, brengt ook in het geval van de Curaçaose trust met zich mee dat beheersverplichtingen voor de trustee in het leven worden geroepen en beheersbevoegdheden aan hem worden verleend, en aan (potentiële) begunstigden van de trust rechten, bevoegdheden en remedies worden toegekend in het kader van het beheer en de uitvoering van de trust door de trustee.[42] Er vindt in casu een splitsing van macht en belang plaats, waarbij de formele beschikkingsmacht van de trustgoederen toekomt aan de trustee en de (potentiële) begunstigde een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – en afhankelijk van de strekking van het trustverband een economisch belang – verwerft.[43]

Het is naar mijn mening evenwel niet duidelijk waarom de ruime definitie van de trust die het HTV hanteert teneinde te bepalen of een bepaalde rechtsfiguur onder de reikwijdte van het HTV valt, in het materiële Curaçaose trustrecht is overgenomen. Een verklaring hiervoor wordt in de memorie van toelichting helaas niet gegeven. Dat het HTV een definitie geeft teneinde te bepalen welke rechtsfiguren op grond van het bepaalde in lid 2 onder de reikwijdte van het HTV vallen – en derhalve als een verdragstrust worden aangemerkt – hoeft niet te betekenen dat er daadwerkelijk sprake is van een trust die in het materiële recht als zodanig wordt aangemerkt.[44] De ruime definitie van de trust in het HTV is – anders dan het doel en de strekking die de wetgever met de Curaçaose trust voor ogen heeft – geformuleerd met het oog op de bepaling van het toepasselijk recht op trusts en de erkenning van niet enkel Anglo-Amerikaanse trusts en trusts die in landen met een continentaal rechtssysteem voorkomen, doch ook trustachtige figuren die aan de genoemde eisen van het HTV voldoen.[45] In het laatste geval betreft het derhalve rechtsfiguren die normaliter niet als trust kwalificeren, doch enkel voor de toepassing van het HTV als verdragstrust worden aangemerkt. Het risico van het gebruik van een dergelijke ruime definitie in het materiële Curaçaose trustrecht is dat theoretisch gezien alle trustachtige figuren die voldoen aan de door de wetgever gehanteerde definitie, onder de reikwijdte van titel 3.6 BWC kunnen vallen. Men denke bijvoorbeeld aan de niet in de wet geregelde figuur van de fiduciaire eigendomsoverdracht. In die gevallen zou de discussie kunnen ontstaan of een fiduciaire eigendomsoverdracht aan de voorwaarden

42 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2; art. 3:127 lid 2 sub c BWC; art. 3:135 BWC; art. 3:154 BWC; art. 3:156 lid 3 BWC.

43 Vgl. MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, , p. 2.

44 Zie ook: M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 56-57.

45 M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 56-57. Vgl. ook: X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 573a en 579.

die titel 3.6 BWC stelt aan een trust dient te voldoen, gelet op het gegeven dat deze figuur onder de definitie van artikel 3:127 lid 1 BWC zou kunnen vallen en derhalve als zodanig kan worden aangemerkt. Teneinde dergelijke complicaties te voorkomen en de definitie van de trust in het Curaçaose recht goed tot haar recht te laten komen, is een scherpere formulering van de trust zonder meer gewenst. In paragraaf 4.3.1 zal hiervoor een oplossing worden aangedragen.

3.1.3 Het gebruik van de termen 'legal interest' en 'equitable interest'

Ter uitdrukking van de splitsing van macht en belang in het Curaçaose trustrecht die de instelling van de trust en daarmee het trustverband tot stand heeft gebracht, hanteert de wetgever in de memorie van toelichting voor de Anglo-Amerikaanse termen 'legal' en 'equitable' interest, de begrippen 'juridische en economische eigendom'. Dit, ondanks het feit dat hij zelf aangeeft dat deze begrippen – op grond van interpretatieverschillen tussen het Anglo-Amerikaanse en het Curaçaose rechtssysteem – niet letterlijk kunnen worden vertaald.[46] Dit kan tot verwarring leiden bij de continentale jurist.[47] Naar mijn mening moeten – vanwege het goederenrechtelijke karakter van het trustverband dat op de goederen rust – de begrippen 'juridische en economische eigendom' in het kader van het Curaçaose trustrecht, in het bijzonder ter zake van de beschrijving van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde, te allen tijde worden vermeden. De termen 'legal' en 'equitable' interest zijn niet gelijkwaardig zijn aan de begrippen 'juridische en economische eigendom'. Het gebruik van deze begrippen doet derhalve afbreuk aan de ware betekenis van de 'legal interest' en de 'equitable interest'.[48]

3.2 De belangrijkste kenmerken van de Curaçaose trust

Evenals de Anglo-Amerikaanse trust, typeert de Curaçaose trust zich door een aantal fundamentele eigenschappen. De Curaçaose wetgever heeft de eigenschappen die van belang zijn voor het bestaan van de trustfiguur, geheel aan het Anglo-Amerikaanse trustrecht en het HTV ontleend.[49] Eén van de

---

46 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2-3. Vgl. ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 53-54 en p. 58 e.v.

47 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2-3. Zie in dit kader ook paragraaf 5.2.3, waarin wordt besproken waarom de aanduiding van het recht van de begunstigde (de 'equitable' interest) als economische eigendom een misvatting is.

48 Zie in dit kader paragraaf 3.3.9. Zie ook paragraaf 2.3.2 voor een uiteenzetting van de termen 'legal interest' en 'equitable interest'.

49 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5.

belangrijkste fundamentele eigenschappen ex artt. 3:127 lid 2, 3:137 lid 1 en 3:155 lid 1 BWC behelst het bestaan van een afgescheiden geheel van goederen.[50] Dit impliceert dat de onder trustverband gebrachte goederen geen deel uitmaken van het privévermogen van de trustee en dat zij derhalve niet aangetast kunnen worden door een huwelijk, faillissement, echtscheiding of het overlijden van de trustee.[51] Zij strekken evenmin tot verhaal van de persoonlijke schulden van de trustee.[52] Het creëren van een afgescheiden geheel van goederen in het trustrecht vormt een belangrijke uitzondering op het fundamenteel uitgangspunt van het Curaçaose verhaalsrecht ex art. 3:276 BWC, dat de crediteur op alle goederen van de debiteur kan verhalen.[53]

De tweede eigenschap die voortvloeit uit het Curaçaose trustrecht is dat de Curaçaose trust, net als zijn Anglo-Amerikaanse equivalent, niet als een rechtspersoon kan worden aangemerkt.[54] Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid brengt met zich mee dat alle goederen die onder trustverband zijn geplaatst, geheel toekomen aan de persoon van de trustee in zijn kwaliteit als trustee. De trustee wordt derhalve krachtens art. 3:127 lid 2 BWC als de rechthebbende van de trustgoederen beschouwd en hij is binnen de grenzen van het Curaçaose trustrecht en de in de trustakte neergelegde voorwaarden, volledig beheers- en beschikkingsbevoegd.[55/56]

---

50 In casu gaat mijn voorkeur uit naar het gebruik van de woorden 'trustfonds' of 'een afgescheiden geheel van goederen' in plaats van de vaak voorkomende term 'afgescheiden vermogen'. Zie voor de achterliggende reden paragraaf 3.3.5.3.

51 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3 en 13; art. 3:127 lid 2 sub a jo. 3:137 lid 1 jo. 3:155 lid 1 BWC. Vgl. ook: art. 2 lid 2 HTV.

52 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3 en 13; art. 3:127 lid 2 sub a jo. 3:137 lid 1 jo. 3:155 lid 1 BWC. Vgl. ook: art. 2 lid 2 HTV.

53 Vgl. ook: R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/ Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 49-50; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 182 e.v.

54 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 4.

55 Art. 3:127 lid 2 sub b jo. art. 3:139 jo. art. 3:140 lid 1 jo. 3:155 lid 2 BWC; Vgl. ook: art. 2 lid 2 HTV.

56 Met de invoering van de Landsverordening Trust is tevens een nieuwe bepaling ingevoegd, art. 1:88a BWC, waarin is bepaald dat art. 1:88, eerste lid, onderdelen b tot en met d, niet van toepassing is op rechtshandelingen in hoedanigheid verricht door een trustee. De parlementaire geschiedenis meldt over art. 1:88a BWC het volgende: "Van de toepasselijkheid van artikel 1:88, eerste lid, onderdelen b tot en met d, zijn uitgezonderd rechtshandelingen van een trustee in hoedanigheid verricht. Het trustvermogen vormt immers een afgescheiden vermogen (artikel 3:127, tweede lid, onderdeel a, en artikel 3:155). Wat betreft de echtelijke woning (artikel 1:88, eerste lid, onderdeel a) dient de 'gezinsbescherming' echter in beginsel in tact te blijven ook indien de woning tot het trustvermogen behoort. Overigens kan, ingevolge het laatste lid van artikel 1:88, altijd de beslissing van de rechter worden ingeroepen." Zie hiervoor: M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het

Ten slotte bepaalt de strekking van het trustverband – hoewel dit noch in de wettekst op één of andere wijze is opgenomen, noch in de memorie van toelichting is vermeld – de rechtsgevolgen van de werking van de Curaçaose trust en daarmee de verplichtingen, de rechten en de bevoegdheden van de trustee en de (potentiële) begunstigde in relatie tot de trustgoederen. Enerzijds is de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde verbintenisrechtelijk van aard. Dit houdt in dat de trustee de trustrechtelijke taken die aan hem zijn opgedragen en de bevoegdheden die aan hem zijn verleend, uitsluitend dient uit te voeren c.q. uit te oefenen ten bate en in het beste belang van de (potentiële) begunstigde(n) of ter verwezenlijking van een bepaald doel. Het handelen in strijd met de trustrechtelijke verplichtingen door de trustee, dan wel misbruik c.q. overschrijding van de door de wet of de trustakte aan de trustee verleende bevoegdheden, leidt tot een 'breach of trust' – ook wel aangeduid als onbehoorlijk bestuur c.q. beheer – met het gevolg dat de (potentiële) begunstigde[57] of de persoon die ter handhaving van de trust optreedt, onder meer nakoming of schadevergoeding in rechte kan vorderen. Anderzijds komt de goederenrechtelijke component van de Curaçaose trust tot uitdrukking in het feit dat – naast het afgescheiden geheel van goederen dat wordt gevormd als gevolg van het trustverband – in beginsel het trustfonds tevens goederen omvat die geacht moeten worden in de plaats van een tot het trustfonds behorend goed te treden, oftewel zaaksvervanging.[58] Daarnaast hebben de protector en de begunstigde onder omstandigheden een goederenrechtelijke opvorderingsactie waarbij zij, indien de trustakte niet anders bepaalt en onverminderd de derdenbescherming, de mogelijkheid hebben om de trustgoederen die een trustee in strijd met zijn verplichtingen heeft vervreemd, bezwaard of ingebruikgegeven, van iedere derde terug te vorderen.[59/60]

Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 120.
Ik betwijfel het nut van deze wetsbepaling. Zoals de wetgever reeds aangeeft beheert de trustee als zodanig de trustgoederen die een afgescheiden geheel vormen en deze trustgoederen zijn geen onderdeel van het privévermogen van de trustee. Het lijkt mij eerder dat de insteller die een rechtshandeling strekkende tot de instelling van de Curaçaose trust verricht, waarbij hij goederen – waaronder de echtelijke woning of goederen met aanzienlijke waarde – toevertrouwt aan de trustee, toestemming behoeft van zijn echtgenoot. Zie voor een voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.11.

57 Voor de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel zie paragraaf 3.3.10.

58 Art. 3:155 lid 3 BWC.

59 Art. 3:156 lid 3 BWC.

60 Deze goederenrechtelijke opvorderingsactie komt eveneens toe aan de trustees van de trust. Zie hiervoor: art. 3:156 lid 2 BWC. Het is naar mijn mening echter niet geheel duidelijk waarom precies de Curaçaose wetgever een lex specialis in dit kader voor de trustee heeft willen introduceren ten opzichte van art. 5:2 BWC. Is dat het feit dat de trustee in hoedanigheid van trustee rechthebbende is en geen eigenaar is zoals bedoeld in art. 5:2 BWC? De memorie van toelichting rept hier niets over. Zie in dit kader: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

3.3 De totstandkoming van de Curaçaose trust

Naast het feit dat de Curaçaose wetgever het HTV als inspiratiebron heeft gebruikt, heeft hij het verdrag tevens als uitgangspunt genomen ter nadere concrete vormgeving van een eigen trustwetgeving. Wat de Curaçaose wetgever daarbij evenwel heeft miskend is dat het HTV enkel als verwijzings- en erkenningsrecht binnen het internationaal privaatrecht fungeert: het materiële privaatrecht wordt door het HTV niet bestreken.[61] In het navolgende wordt op de belangrijkste materieelrechtelijke problemen ingegaan bij de totstandkoming van de Curaçaose trust.

3.3.1 De materiële vereisten voor de totstandkoming van de Curaçaose trust

Om een rechtsgeldige 'express' trust in het leven te roepen, moet deze naar Anglo-Amerikaans trustrecht voldoen aan de materiële vereisten voor de totstandkoming van een trust, oftewel de 'three certainties'.[62] De Curaçaose wetgever heeft voor wat betreft de materiële totstandkomingsvereisten een iets andere benadering gekozen. Een verklaring voor deze benadering ontbreekt helaas in de memorie van toelichting. Wil een insteller naar Curaçaos recht een rechtsgeldige trust instellen, dan stelt de wet voor de totstandkoming hiervan een minimaal aantal eisen aan de inhoud van de trustbepalingen in de trustakte.[63] Krachtens art. 3:130 lid 3 BWC dient de trustakte trustbepalingen te bevatten die betrekking hebben op de volgende onderwerpen:

a. De aanwijzing van een begunstigde of bepaald doel;
b. De benoeming van tenminste één binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee en de aanvaarding van die benoeming;
c. Een voorziening ter verzekering dat niet een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken;
d. De omschrijving van het trustvermogen;
e. De benaming van de trust, met het woord trust als onderdeel daarvan.

3.1.1.1 De rechtshandeling tot de instelling van de Curaçaose trust

Hoewel de wettekst het niet uitdrukkelijk vermeldt, wordt voor een rechtsgeldige instelling van de trust allereerst vereist dat uit de trustakte uitdrukkelijk moet blijken dat de insteller de totstandkoming van de trust heeft beoogd.[64] Mijns inziens wil dit zeggen dat de instelling van de trust naar Curaçaos recht

61 Zie ook: art. 1 HTV; M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 47 e.v.; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 1-7.
62 Zie paragraaf 2.4.3.
63 Art. 3:130 lid 3 BWC; MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.
64 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

onderworpen is aan de vereisten van art. 3:33 BWC, doch de bedoelde verklaring dient duidelijk en ondubbelzinnig te zijn. Heeft de insteller aldus zijn intentie tot de instelling van de trust in een daarmee corresponderende verklaring in de trustakte niet uitdrukkelijk geopenbaard, dan kan er niet gesproken worden van een rechtsgeldig tot stand gekomen trust.

3.3.1.2 Aanwijzing begunstigde of omschrijving doel

Een ander materieelrechtelijk vereiste dat de wet aan de totstandkoming van de Curaçaose trust stelt, is dat de trustakte de aanwijzing van een begunstigde of een bepaald doel dient te bevatten.[65] De Curaçaose wetgever heeft kennelijk geen rekening gehouden met de situatie waarin een insteller opteert voor de instelling van een trust waarbij de aanwijzing van begunstigden geschiedt op een later tijdstip door de trustee uit hoofde van de aan hem toegekende discretionaire bevoegdheden, de zogenoemde 'discretionary' trust.[66] In een dergelijk geval zijn er op het tijdstip van de instelling vanwege het karakter van de trust geen begunstigden, dan wel heeft nog geen aanwijzing van begunstigden plaatsgevonden. Het behoeft derhalve geen betoog dat de eis tot aanwijzing van een begunstigde in de trustakte op het moment van instelling tot praktische problemen leidt.[67]

Voorts miskent de Curaçaose wetgever naar mijn mening – in tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht – het feit dat de *bepaalbaarheid* van begunstigden onmisbaar is. De memorie van toelichting zwijgt hierover en het is mij thans een mysterie waarom het Curaçaose trustrecht geen eisen stelt aan de bepaalbaarheid van begunstigden. Indien niet met voldoende zekerheid kan worden bepaald welke personen als begunstigde kunnen worden aangewezen, dan wel welke personen tot de groep der potentiële begunstigden behoren, wordt de werking van de trust belet. Zonder vastlegging van deze regel in de wet, zou bij onduidelijkheden hieromtrent niet duidelijk zijn welke personen de rechten en bevoegdheden die aan een (potentiële) begunstigde toekomen, hebben verworven. In dat soort gevallen is de totstandkoming van de trust nietig. Naar ik meen is het wenselijk om een dergelijk vereiste expliciet in de wet op te nemen. Ingeval een 'fixed' trust is ingesteld, moet op duidelijke en ondubbelzinnige wijze uit de trustakte blijken wie als begunstigde is aangewezen. Is er sprake van een 'discretionary' trust, dan moeten specifieke criteria c.q. kenmerken in de trustakte worden opgenomen, aan de hand waarvan met zekerheid kan worden bepaald of een persoon kwalificeert als begunstigde c.q. behoort tot de groep of categorie der potentiële begunstigden. Voor wat betreft de instelling van een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel,

65 Art. 3:130 lid 3 sub a BWC.

66 Het onderhavige probleem wordt evenmin besproken in de memorie van toelichting.

67 Elders in de memorie van toelichting wordt wel verwezen naar de 'discretionary' trust. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

moet eveneens duidelijk zijn hetgeen precies met de trust wordt beoogd. Voor de problemen die in het bovenstaande zijn aangekaart, wordt een aantal oplossingen in paragraaf 4.3.2 besproken.

3.3.1.3 Benoeming trustee en de aanvaarding van de benoeming

Ten derde eist de wet dat de benoeming én de aanvaarding van tenminste één binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee in de trustakte bij de totstandkoming van de trust moeten worden vastgelegd.[68] De benoeming én de aanvaarding van deze benoeming in één notariële akte is op het eerste gezicht een goede regeling, omdat de wetgever door een voorziening te treffen heeft willen voorkomen dat het geheel van goederen onder trustverband voor een ondeelbaar moment zonder een rechthebbende blijft. Deze wetsbepaling levert echter problemen op wanneer de trust wordt ingesteld bij uiterste wilsbeschikking. Een trust die bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, kan slechts door de insteller (*lees*: erflater) persoonlijk worden gemaakt en herroepen en heeft eerst werking na zijn overlijden.[69] Dit brengt met zich mee dat een aanvaarding tijdens het leven van de insteller in casu in strijd is met het karakter van een uiterste wilsbeschikking. Voorts is de benoeming van de trustee bij uiterste wilsbeschikking volkomen in strijd met art. 27a Landsverordening op het notarisambt, waarin is bepaald dat notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, geen andere rechtshandelingen mogen bevatten. Schending van de voornoemde bepaling kan tot tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris ex art. 57 Landsverordening op het notarisambt leiden.[70] Derhalve is een aanvaarding in de trustakte voor dit specifieke geval – dat wil zeggen in de uiterste wil – niet mogelijk. In paragraaf 4.3.2 wordt een oplossing hiervoor aangedragen.

3.3.1.4 Voorziening aanwezigheid Curaçaose trustee

Ten vierde moet er sprake zijn van een voorziening ter garantie van de aanwezigheid van een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee.[71] Dit houdt in dat in de trustakte moet worden bepaald welke maatregelen genomen moeten worden indien de trustee niet meer aan deze eis voldoet en dient een mogelijke oplossing voor deze kwestie in de trustakte te worden opgenomen.[72] Ontbreekt ondanks de voorziening ter zake in de trustakte een Cura-

68 Art. 3:130 lid 3 sub b BWC.

69 Art. 4:111 BWC en art. 4:42 lid 1 en 3 BWC. Zie ook: M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 111 e.v.; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 133 e.v.

70 Vgl. J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2019, par. 6.5.

71 Art. 3:130 lid 3 sub c BWC.

72 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

çaose trustee, dan benoemt de rechter in eerste aanleg deze, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve.[73] Men dient in casu wel bedacht te zijn op het feit dat ingeval de trust naar Curaçaos recht is ingesteld, een trustee in beginsel niet mag ontbreken, mede gelet op het feit dat de trust geen rechtspersoonlijkheid bezit en de trustee derhalve de rechthebbende is van de trustgoederen. Dit heeft in mijn optiek tot gevolg dat de trustee in beginsel in functie dient te blijven, zolang er geen nieuwe trustee is benoemd.[74/75]

3.3.1.5 Omschrijving van de trustgoederen

Verder is voor de totstandkoming van de trust vereist dat een omschrijving van de trustgoederen in de trustakte dient te worden opgenomen.[76] Hoewel de memorie van toelichting zich hierover niet uitlaat, is de eis dat de trustgoederen met voldoende bepaaldheid moeten worden omschreven ex art. 3:84 lid 2 BWC essentieel voor de goede werking van de Curaçaose trust. Zonder het bepaaldheidsvereiste in acht te nemen, kan niet worden bepaald welke goederen onder trustverband zijn geplaatst. In dat geval, komt er ook geen rechtsgeldige trust tot stand.

3.3.1.6 De benaming van de trust

Ten slotte moet de benaming van de trust worden opgenomen, met het woord trust als onderdeel hiervan.[77] Deze eis hangt mijns inziens samen met de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust. Anders dan het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt het gebruik van het woord 'trust' verplicht. Door het gebruik van het 'woord' trust wettelijk te verplichten, lijkt het erop dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de intentie van de insteller om een trust naar Curaçaos recht in te stellen, aan twijfel onderhevig zal zijn.

De bovengenoemde vereisten bevatten aldus de materieelrechtelijke essentialia voor de totstandkoming van de Curaçaose trust. Kortom, indien één van de eerdergenoemde onderdelen in de trustakte ontbreekt, kan er geen sprake zijn van de totstandkoming van een rechtsgeldige trust naar Curaçaos recht.

---

73 Art. 3:144 lid 7 BWC.

74 Zie ook: art. 3:144 lid 1 jo. art. 3:145 lid 1, 2e volzin BWC.

75 Dit is een afwijking van één van de Anglo-Amerikaanse grondbeginselen dat bepaalt dat "equity will not allow a trust to fail for want of a trustee", hetgeen betekent dat een trust naar Anglo-Amerikaans recht geldig tot stand komt, ook al ontbreekt een trustee op het tijdstip van de totstandkoming. In dat geval komt er een 'resulting' trust tot stand, totdat een trustee wordt benoemd.

76 Art. 3:130 lid 3 sub d BWC.

77 Art. 3:130 lid 3 sub e BWC.

3.3.2 *De materieelrechtelijke grenzen aan de totstandkoming van de Curaçaose trust*

In paragraaf 2.4.4 is aan bod gekomen dat het Anglo-Amerikaanse recht regels kent die de beschikking over en de verkrijging van goederen, de zogenoemde 'perpetuity rules', begrenzen. Het Curaçaose trustrecht heeft, in afwijking van het Anglo-Amerikaanse recht, ervoor gekozen om deze goederenrechtelijke beperkingen niet in de wet op te nemen.[78] De gedachte van de Curaçaose wetgever hierbij was dat er geen goede reden is om te verbieden dat de Curaçaose trust niet voor onbepaalde tijd wordt ingesteld, aangezien stichtingen en naamloze vennootschappen doorgaans voor onbepaalde tijd worden opgericht.[79] Hoewel ik de beslissing van de Curaçaose wetgever om af te zien van de implementatie van de 'perpetuity rules' in de trustwetgeving zoals die in het Anglo-Amerikaanse recht zijn vormgegeven, toejuich – de memorie van toelichting zegt dit echter niet met zoveel woorden – is de achterliggende reden mijns inziens op verkeerde gronden gebaseerd.

De Curaçaose wetgever lijkt allereerst de trust te benaderen vanuit een ondernemingsrechtelijk oogpunt. Deze benadering is naar mijn mening niet geheel juist. Het lijkt aan de Curaçaose wetgever te zijn voorbij gegaan dat de trust een verband op *goederen* behelst – de trust is immers geen rechtspersoon – dat geheel andere rechtsgevolgen kent en qua rechtsfiguur geheel verschilt van rechtspersonen die in het leven worden geroepen.[80] Een ondernemingsrechtelijk motief gebruiken om de keuze voor de onbepaalde duur van de trust te rechtvaardigen, geeft derhalve een verkeerd beeld weer van de trustfiguur.

Voor wat betreft de 'perpetuity rules' in het Anglo-Amerikaanse recht, zijn deze nogal complex en betreft het een weerbarstige materie.[81] Dergelijke voorschriften zouden het Curaçaose trustrecht onnodig gecompliceerd maken. Toch acht ik – in tegenstelling tot de visie van de wetgever – een tijdslimiet voor trusts in bepaalde gevallen noodzakelijk. Stel dat een trust is ingesteld waarbij voorwaardelijke rechten voor begunstigden in het leven zijn geroepen. Indien de aan het recht gekoppelde voorwaarde niet in vervulling gaat, blijft onder het huidige trustrecht de onzekere rechtstoestand die een voorwaardelijk recht met zich meebrengt oneindig voortduren.[82] De Curaçaose trustwetgeving

78 Zie voor de 'perpetuity rules' in het Anglo-Amerikaanse recht paragraaf 2.4.4 e.v.

79 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 14.

80 Andere voorbeelden van vergelijkingen in de memorie van toelichting tussen trusts en rechtspersonen zie: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 4, p. 12 en p. 14. Frielink maakt dezelfde naar mijn mening onjuiste vergelijking. Zie hiervoor: K. Frielink, 'Rol en aansprakelijkheid van de trustee', *CJB* 2012/4, p. 176.

81 Zie paragraaf 2.4.4.1 e.v.

82 Men vergelijke dit met voorwaardelijke rechten in het erfrecht.

voorziet thans niet in dergelijke situaties.[83/84] Voorts bestaat thans evenmin een regeling voor situaties waarin een 'discretionary' trust is ingesteld en de trust reeds geruime tijd bestaat zonder dat de trustee begunstigden heeft aangewezen. Een regeling ontbreekt eveneens indien nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen als begunstigden zijn aangewezen of onderdeel zijn van de groep der potentiële begunstigden en het duidelijk is dat deze niet meer zullen ontstaan.[85] Het is zonder meer wenselijk indien de Curaçaose wetgever een wettelijke tijdslimiet voor boven besproken gevallen vaststelt, teneinde de rechtszekerheid te kunnen waarborgen. In paragrafen 4.3.2 en 4.3.3 wordt voor het eerdergenoemde een oplossing aangedragen.

Ten slotte bepaalt art. 3:130 lid 5 BWC dat het doel niet in strijd mag zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. De formulering van deze wetsbepaling is echter ambigu en roept allerlei vragen op. Wat heeft de Curaçaose wetgever precies met het woord 'doel' bedoeld? Is dat de doelomschrijving – dat wil zeggen het beoogde werkterrein – van een 'trust ter verwezenlijking van een bepaald doel' oftewel een 'purpose trust' op zichzelf beschouwd, zoals bijvoorbeeld een trust die is ingesteld met het doel zich in te zetten voor straathonden in het Caribisch gebied? Of heeft het betrekking op de inhoud en strekking van een trust die – ongeacht of de trust is ingesteld ter verwezenlijking van een bepaald doel of ten behoeve van (potentiële) begunstigden – is ingesteld?[86] Dat is thans niet geheel duidelijk.[87] Ik meen dat de Curaçaose wetgever dat laatstgenoemde heeft bedoeld, gelet op het feit dat de strekking en inhoud van de trust in het algemeen, tevens de doelomschrijving van een 'trust ter verwezenlijking van een bepaald doel' omvat.[88] Hier zij overigens opgemerkt dat artikel 3:130 lid 5 BWC overeenkomt met de Anglo-Amerikaanse regeling omtrent de strijdigheid van de intentie van de settlor tot instelling van de trust met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.

---

83 De wet bepaalt enkel dat ingevolge art. 3:159 lid 1 sub a BWC de trust eindigt door de vervulling van een in de trustakte opgenomen ontbindende voorwaarde of door het verloop van de tijd waarvoor de trust is ingesteld.

84 De constructie van een recht onder ontbindende voorwaarde met een daarbij aansluitend recht onder opschortende voorwaarde dient mijns inziens – evenals in het erfrecht – zulks te worden uitgezonderd van de tijdslimietseis. Het voorgaande dient naar mijn mening tevens te gelden voor trusts die ter verwezenlijking van een bepaald doel in het leven zijn geroepen.

85 Het enige wat thans in de wet is opgenomen is dat de trust op grond van art. 3:159 lid 1 sub c BWC eindigt indien er geen begunstigden *meer* zijn. Het is echter onduidelijk in hoeverre het bepaalde in de voornoemde bepaling zich verhoudt tot de genoemde situatie.

86 Men denke hierbij aan de intentie van insteller in het algemeen om een bepaald type trust in het leven te roepen.

87 Ook de memorie van toelichting is op dit punt onduidelijk. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6-7.

88 Zie voor een suggestie ter verbetering van deze bepaling paragraaf 4.3.15.10.

3.3.3 Het tijdstip van totstandkoming

Zoals in het bovenstaande reeds is aangestipt, heeft de Curaçaose wetgever een keuze gemaakt voor de invoering van uitsluitend de 'express trust'. Deze 'express trust' kent net als de Anglo-Amerikaanse variant twee verschillende tijdstippen van totstandkoming. In het eerste geval wordt de trust ingesteld bij leven en treedt hij in werking gedurende het leven van de insteller, ook wel aangeduid als de 'inter vivos' trust. Daarnaast kent de wet de trust 'mortis causa' ofwel de trust terzake des doods of de testamentaire trust, die bij uiterste wilsbeschikking wordt ingesteld en pas in werking treedt na het tijdstip van het overlijden van de insteller (*lees ook*: erflater).

3.3.4 De wijze van totstandkoming

De insteller die een trust bij leven – 'inter vivos' – dan wel bij uiterste wilsbeschikking – mortis causa – naar Curaçaos recht wil instellen moet naast de materiële vereisten die hij in acht dient te nemen teneinde de trust tot stand te brengen, eveneens de trustgoederen aan de beoogde trustee toevertrouwen.

Hierna wordt voor zowel de 'inter vivos' trust als de testamentaire trust[89], de wijze van toevertrouwen en aldus de wijze van totstandkoming behandeld.

3.3.4.1 De 'inter vivos' trust

Opmerkelijk was dat de Curaçaose trustwetgeving aanvankelijk niet expliciet aangaf op welke wijze het toevertrouwen van de goederen aan de beoogde trustee bij leven diende te geschieden. Uit de wet en de memorie van toelichting kon slechts indirect worden afgeleid dat het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee op twee wijzen kon geschieden:

a. door de trustgoederen in de macht te brengen van de trustee; of
b. door middel van een eenzijdige verklaring van trust van de insteller waarbij hij zichzelf aanwijst als trustee ten aanzien van de trustgoederen.[90]

3.4.1.1.1 De overdracht ten titel van trust

Met betrekking tot de eerste wijze van toevertrouwen is het als gevolg van de letterlijke overname van de verdragstekst en dubbelzinnig taalgebruik van de Curaçaose wetgever in de toelichtingstekst, lastig geweest om te bepalen wat de wetgever exact met de term '*in de macht brengen*' heeft bedoeld.[91]

---

89 In casu geef ik – in tegenstelling tot de door de Curaçaose wetgever gehanteerde term 'trust ter zake des doods' – de voorkeur aan de term 'testamentaire trust'.

90 Zie de zinsnede *"verklaring van de insteller waarbij deze zelf trustee wordt ten aanzien van de goederen"* van art. 3:128 BWC, art 3:134 lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5-6.

91 De letterlijke overname van de tekst van het HTV levert echter problemen op voor de Curaçaose trust. Vgl. in dit kader art. 2 lid 1 HTV.

De memorie van toelichting zegt het volgende:

> "Zo wordt de term overdracht vermeden, maar wordt gesproken van het in de macht brengen van de trustee, hetgeen een zgn. 'economische eigendomsoverdracht' niet uitsluit, waarbij aan de trustee persoonlijke rechten worden verschaft."[92]

De aangehaalde passage is in mijn ogen in zekere mate verwarrend geweest. Ik meen dat de wetgever met het begrip '*in de macht brengen*' in casu heeft gedoeld op een rechtshandeling die een verschuiving van de trustgoederen van de insteller naar de andere persoon die trustee wordt, teweegbrengt. Om verwarring te voorkomen zou in mijn optiek, in tegenstelling tot hetgeen de wetgever in de eerdergenoemde passage heeft aangegeven, juist te allen tijde de term *overdracht* moeten worden gebezigd. De reden hiervoor is dat de verschuiving van de trustgoederen zonder meer door een overdracht wordt bewerkstelligd. Voorts spreekt het Anglo-Amerikaanse trustrecht eveneens van een 'transfer in trust', ofwel een *overdracht* in trustverband.[93]

Teneinde een einde te maken aan de onzekerheid die bestond ten aanzien van de wijze van interpretatie van de term '*in de macht brengen*' en om duidelijkheid te verschaffen over de wijze waarop de vermogensverschuiving tussen de insteller en de trustee dient te geschieden, heeft in 2020 een wetswijziging plaatsgevonden en is een vierde lid aan art. 3:127 BWC toegevoegd. Hierin is bepaald dat voor een verkrijging van de trustgoederen door de beoogde trustee bij de instelling van een trust, een overdracht in de zin van titel 3.4 BWC wordt vereist.[94]

Indien de insteller aldus een keuze maakt voor de eerste wijze van toevertrouwen, draagt hij een aantal goederen *ten titel van trust* over aan de aangewezen trustee. Deze overdracht brengt zoals eerder is aangestipt, een verschuiving van de trustgoederen van de insteller naar de trustee teweeg.[95] Dientengevolge

---

92 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12 (onderdeel B), waarin wordt toegelicht dat de termen 'overdracht' en 'in de macht brengen' worden vermeden in de wetsartikelen, in tegenstelling tot het gebruik van 'in de macht brengen' in artikel 2 lid 1 HTV. Hoewel de Curaçaose wetgever in de nota van wijziging heeft aangegeven dat de trustee 'rechthebbende' wordt op goederen die hij 'verkrijgt', was het op dat tijdstip nog steeds niet duidelijk op welke wijze het toevertrouwen aan de trustee diende plaats te vinden.

93 Zie paragraaf 2.4.5.2 en de literatuur waarnaar aldaar wordt verwezen.

94 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

95 In dit kader behelst de overdracht ten titel van trust in tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse recht, een meerzijdige rechtshandeling. Vgl. C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind: rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallelfiguren in het Nederlandse recht* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1954, p. 153 en H.L.E. Verhagen, 'Het Haagse Trustver-

wordt de trust tot stand gebracht en komt het trustverband – onmiddellijk na de voltooiing van de levering van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee – op de goederen te rusten. De totstandkoming van de trust heeft tot gevolg dat direct op dat tijdstip van rechtswege een trustrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde, waaruit diverse rechten, verplichtingen en bevoegdheden voortvloeien.[96] De trustee wordt de volledige rechthebbende van de trustgoederen en verkrijgt krachtens het trustverband de formele beschikkingsmacht hierover.[97]

Voordat de instelling van de trust plaatsvindt, zijn zowel de formele beschikkingsmacht over een goed als het economisch belang in een goed in de persoon van de insteller als rechthebbende verenigd. Zodra de trust rechtsgeldig tot stand komt, vindt er – als gevolg van het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde – een splitsing van macht en belang plaats en verkrijgt de (potentiële) begunstigde van rechtswege een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – het zogenoemde recht van de begunstigde – die, afhankelijk van de strekking van het trustverband, een economisch belang omvat.[98]

Men realisere zich evenwel dat de verkrijging van de bundel van rechten, bevoegdheden, remedies en derhalve het recht van de begunstigde, uitsluitend mogelijk is indien een trust wordt ingesteld ten behoeve van een aantal (potentiële) begunstigden. Enkel personen die als begunstigde zijn aangewezen of onderdeel zijn van de groep van personen die als begunstigden kunnen worden aangewezen, kunnen het recht van de begunstigde verwerven. Het probleem dat zich voordoet bij de instelling van een trust ter verwezenlijking van een omschreven doel is dat deze trust geen aanwijsbare begunstigden heeft.[99] Wie het recht zal moeten verkrijgen ter verwezenlijking van een omschreven doel, valt nergens uit de wettekst en de memorie van toelichting af te lezen.[100]

---

drag', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 116.

96 Voor de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel zie paragraaf 3.3.10.

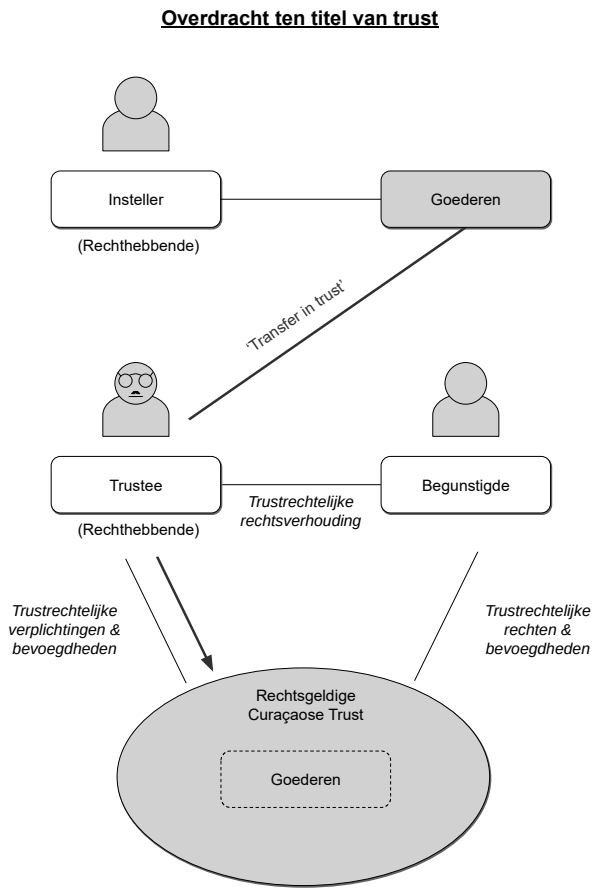
97 Zie onder andere art. 3:127 lid 1 BWC.

98 Zie voor een uitvoerige bespreking van het recht van de begunstigde paragraaf 3.3.9.

99 De trust ter verwezenlijking van een bepaald doel in het Curaçaose recht is in zekere zin een combinatie van de in het Anglo-Amerikaanse recht bekende 'charitable' trust en de 'purpose' trust.

100 Een oplossing voor het hierbedoelde knelpunt is te vinden in paragraaf 4.3.3.

De schematische weergave van de overdracht ten titel van trust ziet er als volgt uit:



Een bijzonder gegeven is dat de Curaçaose wetgever zowel aan de insteller als aan derden de mogelijkheid biedt om vóór of op het tijdstip van de totstandkoming van de trust een aantal goederen ten titel van trust over te dragen aan de toekomstige trustee.[101] De memorie van toelichting verwoordt het voorgaande als volgt:

> "De overdracht van het trustvermogen hoeft niet bij trustakte te geschieden. Het trustvermogen kan, vooruitlopende op de trustakte, reeds aan de toekomstige trustee in trust zijn geleverd, zowel door een derde als door hem [de insteller – toevoeging KRF] zelf."[102]

101 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.
102 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

Naar mijn overtuiging dient – anders dan de Curaçaose trustwetgeving doet vermoeden – enkel de persoon die de trust creëert en daarbij goederen voor de eerste keer ten titel van trust overdraagt aan de beoogde trustee, als insteller te worden betiteld. Daarenboven kan zonder meer uit de bewoordingen van art. 3:127 lid 1 BWC worden afgeleid dat uitsluitend de insteller een trust in het leven kan roepen.[103] Dat anderen dan de insteller goederen onder trustverband kunnen plaatsen, doet hier niet aan af. Het onder trustverband plaatsen van de aangewezen goederen door een ander dan de insteller – een derde – is mijns inziens wel mogelijk, doch uitsluitend ná de totstandkoming van de trust. In dergelijke situaties dient mijns inziens – teneinde onderscheid te maken tussen de insteller en derden – dan ook de term 'inbrenger' te worden gehanteerd voor derden die na de totstandkoming van de trust goederen ten titel van trust overdragen.

Voorts rijst de vraag of een overdracht van de beoogde trustgoederen voorafgaand aan de instelling van de trust, überhaupt mogelijk is. Naar ik meen dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord en geeft de Curaçaose wetgever – door in de memorie van toelichting aan te geven dat de mogelijkheid daartoe bestaat – mijns inziens blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals reeds in het vorenstaande is aangestipt, gaat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de Curaçaose trust gepaard met een overdracht ten titel van trust. Met andere woorden, de totstandkoming van de Curaçaose trust is onlosmakelijk verbonden met de overdracht ten titel van trust en daarmee het bestaan van het trustverband. Dientengevolge treden de rechtsgevolgen ex art. 3:127 BWC van de trust pas in op het tijdstip dat de levering van de aangewezen goederen aan de toekomstige trustee is voltooid en het trustverband hierop is komen te rusten. Dit betekent dat een overdracht van de beoogde trustgoederen aan de toekomstige trustee vóór de instelling van de trust – en daarmee vóór het bestaan van het trustverband – niet aangemerkt kan worden als een overdracht ten titel van trust.[104] De toekomstige trustee zal in dergelijke situaties wel rechthebbende worden van deze goederen, doch niet in hoedanigheid van trustee. Daarin schuilt het gevaar dat bijvoorbeeld (oneigenlijke) vermenging van de beoogde trustgoederen en het privévermogen van de trustee in spe kan plaatsvinden en de aangewezen goederen vanwege de afwezigheid van een afgescheiden geheel van goederen, aangetast zouden kunnen worden door een faillissement, echtscheiding of overlijden. Daarnaast ontbreekt vóór de totstandkoming van de trust – vanwege het feit dat er nog geen trustverband ontstaat – de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de

103 Het is overigens niet ondenkbaar dat meerdere instellers tezamen een trust tot stand brengen.

104 Naar mijn mening is een overdracht van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee onder opschortende voorwaarde van de totstandkoming van de trust in casu evenmin mogelijk, gelet op het feit dat de overdracht ten titel van trust één van de voorwaarden is voor de instelling van de Curaçaose trust en derhalve het ontstaan van het trustverband.

trustee en de (potentiële) begunstigde. In dat geval zouden de beoogde begunstigden hun recht van begunstigde niet kunnen uitoefenen en zouden derhalve niet kunnen optreden tegen de beoogde trustee ingeval hij in strijd met de afspraken (beschikkings)handelingen verricht met alle negatieve gevolgen van dien.

3.4.1.1.2 De eenzijdige verklaring van trust

Uit de wettekst en de memorie van toelichting kan – zoals reeds is vermeld – worden afgeleid dat naast de overdracht ten titel van trust, het toevertrouwen op een tweede wijze kan geschieden, namelijk via de zogeheten eenzijdige verklaring van trust.[105] Met de invoering van de eenzijdige verklaring van trust heeft de Curaçaose wetgever de Anglo-Amerikaanse 'declaration of trust' in het trustrecht willen incorporeren. Ingeval de insteller een keuze maakt voor de eenzijdige verklaring van trust geeft hij enkel aan dat hij, vanaf het moment van het afleggen van de verklaring, zelf als trustee zal fungeren van de onder trustverband geplaatste goederen ter verwezenlijking van een bepaald doel of ten behoeve van de begunstigde(n).

Op het moment dat de insteller een trust creëert door middel van een eenzijdige verklaring van trust is er mijns inziens – in tegenstelling tot de overdracht ten titel van trust – géén sprake van een *eigendomsovergang*.[106] Immers, de trustgoederen maken reeds onderdeel uit van het vermogen van de insteller en hij heeft als volledige rechthebbende reeds de formele beschikkingsmacht. In dit geval kan derhalve geenszins worden gesproken van een verschuiving van de trustgoederen van de insteller naar de trustee. Door de eenzijdige verklaring van trust op te stellen, geeft de insteller aldus slechts aan dat hij, vanaf het moment van zijn wilsverklaring, de trustgoederen zal beheren in de hoedanigheid van trustee.

Wanneer er sprake is van een rechtsgeldige trust middels een eenzijdige verklaring, ontstaat de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – het recht van de begunstigde – die door de (potentiële) begunstigde wordt verkregen, op dezelfde wijze als het recht van begunstigde dat wordt verkregen bij de instelling van de trust door middel van een overdracht ten titel van trust. Voorts rijst, evenals bij de overdracht ten titel van trust, het probleem van de verkrijging van het recht van de begunstigde, indien de instelling van een trust ter verwezenlijking van een omschreven doel geschiedt.

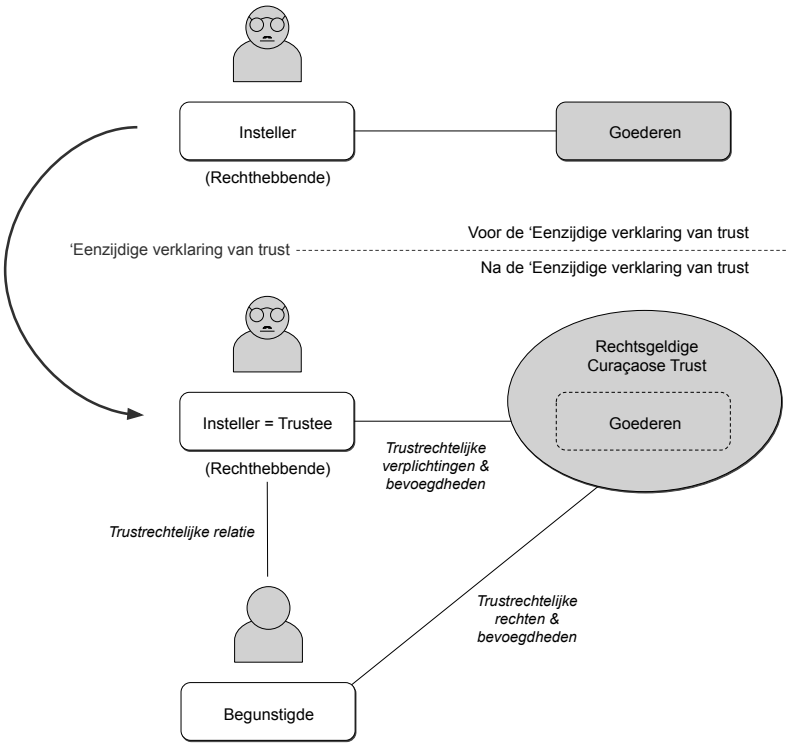
---

105 Art. 3:128 jo. 3:134 lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5-6. Zie ook: Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC.

106 Zie ook: W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 141.

De eenzijdige verklaring van trust wordt in het onderstaande schematisch als volgt afgebeeld:

Eenzijdige verklaring van trust

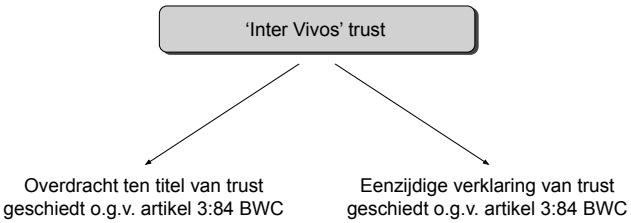


Over het antwoord op de vraag hoe aan deze verklaring van trust vorm moet worden gegeven en in welk juridisch jasje deze moet worden gestoken, zweeg de Curaçaose wetgever aanvankelijk. Bij de inwerkingtreding van de Landsverordening trust in 2012 gaven de trustwetgeving en de memorie van toelichting evenmin aan of en op welke wijze een afgescheiden geheel van goederen via een eenzijdige verklaring tot stand diende te komen. Dit was onbegrijpelijk. Zou de instelling van de trust via een eenzijdige verklaring van trust op dezelfde wijze als in het Anglo-Amerikaanse recht worden ingekleed – hetgeen betekent dat er géén eigendomsovergang van de trustgoederen op het tijdstip van totstandkoming plaatsvindt – dan zou dat zonder een wettelijke basis indruisen tegen het gesloten stelsel van het Curaçaose goederenrecht. De mogelijkheid om goederen af te scheiden via een eenzijdige verklaring komt in titel 3.4.1 BWC niet voor.

Evenals bij de overdracht ten titel van trust heeft de Curaçaose wetgever een einde willen maken aan de onzekerheid ten aanzien van de eenzijdige verklaring van trust en derhalve duidelijkheid willen scheppen met betrekking tot deze wijze van toevertrouwen. Zoals reeds is opgemerkt, heeft de Curaçaose wetgever in 2020 een vierde lid aan art. 3:127 BWC toegevoegd.[107] Het voornoemde lid luidt als volgt:

> "4. Op de verkrijging door de trustee van het trustvermogen, anders dan door opvolging of toetreding als bedoeld in artikel 145, eerste lid, is afdeling 2 van titel 4 van toepassing. Dit geldt ook indien de insteller de trustee zal zijn."[108]

De toevoeging wekt naar mijn mening de indruk dat zowel de overdracht ten titel van trust als een eenzijdige verklaring van trust door middel van een overdracht dient te geschieden.[109] Het voorgaande kan als volgt worden geschetst:



De Curaçaose wetgever heeft met deze toevoeging in elk geval aan de eerste wijze van toevertrouwen, de overdracht ten titel van trust, invulling gegeven. Dat lijkt op het eerste gezicht evenzeer het geval te zijn voor de eenzijdige verklaring van trust. Echter, de vraag hoe aan de overdrachtshandeling in geval van de verklaring uitvoering moet worden gegeven, wordt door de wetgever niet beantwoord.

Uitgaande van de geciteerde wettekst en de memorie van toelichting op de Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, kan de laatste volzin die betrekking heeft op de eerdergenoemde verklaring zo worden opgevat dat de insteller de onder trustverband geplaatste

---

107 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

108 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

109 MvT Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, p. 1 en Ontwerp Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, p. 1-2.

goederen aan zichzelf moet *overdragen*.[110] Een dergelijke constructie acht ik goederenrechtelijk onmogelijk, gelet op het feit dat de insteller in het geval van een eenzijdige verklaring van trust reeds rechthebbende is en op basis hiervan al de formele beschikkingsmacht heeft over de trustgoederen. Dit brengt met zich mee dat de bovengenoemde handeling goederenrechtelijk niet realiseerbaar is, zodat er geen sprake is van een verschuiving van de goederen waarop een goederenrechtelijk verband is komen te rusten. Voor het bovengenoemde probleem zal een oplossing worden aangedragen in paragraaf 4.3.4.

3.4.1.1.3 Geen buitengerechtelijke vernietiging van de wijze van toevertrouwen
Ingevolge art. 3:49 BWC kan een rechtshandeling worden vernietigd hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak.[111] De Curaçaose wetgever heeft echter voor wat betreft de totstandkoming van de trust een lex specialis in de trustwetgeving opgenomen om de rechtszekerheid te waarborgen.[112] Conform artikel 3:128 BWC kan het toevertrouwen van de goederen aan de trustee via een overdracht ten titel van trust, dan wel een eenzijdige verklaring van trust uitsluitend worden vernietigd door een rechterlijke uitspraak. Men denke bij vernietigbare rechtshandelingen aan de situatie waarin een trust wordt gecreëerd ter benadeling van de schuldeisers van de insteller of als gevolg van een wilsgebrek.[113]

3.3.4.2 De testamentaire trust

Wanneer de insteller (*lees*: erflater) de keuze heeft gemaakt om een trust bij uiterste wilsbeschikking in te stellen, moeten de goederen die op het moment van zijn overlijden onder trustverband worden geplaatst, aan de trustee worden toevertrouwd.

In zijn streven om de financiële offshore sector een handvat aan te reiken teneinde de Curaçaose economie te stimuleren, heeft de Curaçaose wetgever ondanks het negatief advies van de toenmalige Raad van Advies om de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking bij wet te introduceren, de trust ter zake des doods, oftewel de testamentaire trust in de trustwetgeving

110 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2. Volgens de Curaçaose wetgever is het onwenselijk dat voor zover het gaat om lokale goederen die onder trustverband worden geplaatst, geen overdrachtsbelasting wordt betaald wanneer een trust in het leven wordt geroepen door middel van een eenzijdige verklaring van trust, terwijl dat wel het geval is bij een overdracht ten titel van trust.
111 Zie ook: art. 3:50 lid 2 BWC.
112 J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 288.
113 J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 288.

opgenomen.[114] Saillant detail is dat de wetgever voor de testamentaire trust niet in de wettekst aangeeft op welke wijze het toevertrouwen dient plaats te vinden. Uit de eerdergenoemde wetswijziging is evenmin op te maken of die van toepassing zou moeten zijn op deze trust.

Ik meen dat de wetgever ten onrechte heeft verondersteld dat de toepassing van de bepalingen van het huidige Curaçaose erfrecht op de afwikkeling van een nalatenschap een vanzelfsprekendheid is, indien de insteller gekozen heeft voor de creatie van een trust bij uiterste wilsbeschikking. Wat de wetgever in casu heeft miskend is het feit dat het Anglo-Amerikaanse erfrecht wezenlijk verschilt van het Curaçaose erfrecht. Zoals in paragraaf 2.4.5.2.2 reeds is uiteengezet, vindt met het overlijden van de erflater rechtsopvolging plaats en verkrijgt de 'personal representative' – ter afwikkeling van de nalatenschap en na de aanvaarding van zijn functie – van rechtswege de volledige eigendom van alle goederen en schulden van de erflater die tot zijn nalatenschap behoren. Dientengevolge verkrijgt de 'personal representative' tevens de trustgoederen in eigendom en komt de 'testamentary' trust op het tijdstip van de rechtsopvolging tot stand, doch onder voorbehoud van vereffening van de nalatenschap.

In het Curaçaose recht is het bepalen van het tijdstip van totstandkoming van de testamentaire trust echter een problematische kwestie. Zou aan de ene kant de testamentaire trust naar Curaçaos recht onmiddellijk na het overlijden van de insteller (*lees*: erflater) tot stand komen en aldus een afgescheiden geheel van goederen vormen, dan zouden positieve vermogensbestanddelen aan de nalatenschap worden onttrokken. Dientengevolge zou er sprake zijn van een beperking van de verhaalsmogelijkheden van de nalatenschapsschuldeisers, met als gevolg dat de trust vernietigd zou kunnen worden op grond van een actio pauliana ex art. 3:45 BWC.[115] Zouden aan de andere kant de erfgenamen krachtens het saisine beginsel van art. 4:182 BWC de rechtspositie van de erflater/insteller volledig voortzetten dan zou, mits het nalatenschapssaldo positief is, de vraag rijzen op welke wijze de trustee de trustgoederen dient te verkrijgen. Nu op dit punt een erfrechtelijke regeling ontbreekt, noopt de toepassing van de testamentaire trust op dit punt tot een aanpassing van het

114 De memorie van toelichting vermeldt het volgende over de testamentaire trust: "Er is vanaf gezien, mede naar aanleiding van het advies van de Raad van Advies, om het in het leven roepen van een trust bij testament te regelen. Ook thans komt het vrijwel niet voor dat een stichting bij testament wordt opgericht." Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1 en 5; *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust p. 12 (onderdeel B en F); uitgebracht advies van de Raad van Advies ter zake van de Landsverordening trust van 24 oktober 2001 (RvA no. RA/060-01). Zie ook het laatste uitgebrachte advies van de Raad van Advies ter zake van de Landsverordening trust van 10 februari 2010 (RvA no. RA/42-09-LV). Voor wat betreft de inhoud van de Landsverordening trust is het laatstgenoemde advies identiek aan het eerste.

115 Zie in dit kader ook het rechtsvermoeden van art. 3:46 lid 1 sub g en lid 7 BWC (het vermoeden van paulianeus handelen bij rechtshandelingen die ertoe strekken een goed onder trustverband te brengen).

huidige Curaçaose erfrecht. Een oplossing voor deze problematiek wordt in paragraaf 4.3.5. behandeld.

3.3.5 Is de instelling van de Curaçaose trust een gift?

Een interessante vraag die in het kader van de instelling kan rijzen is of de instelling van een trust een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC behelst.[116] In casu is deze vraag tweeledig en heeft enerzijds betrekking op het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee en ziet anderzijds op het recht van de (potentiële) begunstigde dat van rechtswege ontstaat als gevolg van de totstandkoming van de trust.

In het onderstaande zullen beide situaties worden toegelicht.

3.3.5.1 Het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee

Blijkens art. 7:186 lid 2 BWC wordt als gift aangemerkt iedere handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. De laatste volzin van het tweede lid van het voornoemde artikel bepaalt echter dat zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, de handelingen als bedoeld in de eerste volzin van art. 7:186 lid 2 BWC niet beschouwd kunnen worden als een gift. Hieruit volgt dat aan de volgende vier vereisten moet worden voldaan, wil er sprake zijn van een gift:

- Een handeling om niet;
- Verarming van de schenker en de verrijking van de begiftigde;
- Bevoordelingsbedoeling;
- Vermogensverschuiving[117].[118]

Ten aanzien van het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee in diens hoedanigheid is mijns inziens op geen enkele wijze sprake van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC. Zoals meermalen is uiteengezet, is het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee constitutief voor het bestaan van het trustverband en daarmee ook voor de trustrechtelijke verplichtingen van de

---

116 Vgl. ook: HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, *BNB* 1999/35, ECLI:NL:HR:1998:AA2566, *BNB* 1999/36 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, *BNB* 1999/37, mn.t. J.W. Zwemmer (*Trustarresten*); M.E. Koppenol-Laforce, 'De inpassing van de *family trust* in het Nederlandse civiele recht', in: M.E. Koppenol-Laforce & F. Sonneveldt, *De inpassing van de family trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht?: tekst en bespreking van het Preadvies voor de Vereniging voor Belastingwetenschap*. Deventer: Kluwer 1999, p. 35-39.

117 HR 28 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:153, *NJ* 1959/171, m.nt. Schuttevâer; HR 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5095, *NJ* 1972/136, m.nt. E.A.A. Luijten.

118 M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 675 e.v.; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 252 e.v.

trustee. Deze trustrechtelijke verplichtingen zijn aan de trustee opgelegd, omdat hij degene is die de onder trustverband gestelde goederen ten behoeve van een aantal (potentiële) begunstigden of ter verwezenlijking van een bepaald doel beheert. Het toevertrouwen geschiedt met het oog op beheer, zodat – hoewel de insteller wordt verarmd, de trustee wordt verrijkt[119] en er sprake is van een vermogensverschuiving in geval van een overdracht ten titel van trust – een bevoordelingsbedoeling ontbreekt.[120] Derhalve lijdt het geen twijfel dat het toevertrouwen aan de trustee – of het nu een overdracht ten titel van trust, dan wel een 'declaration of trust' betreft – nimmer als een gift kan worden aangemerkt.[121]

Ingeval een testamentaire trust in het leven is geroepen, is thans in het Curaçaose recht onduidelijk op welke wijze de trustee de trustgoederen dient te verkrijgen. Derhalve is het onzeker krachtens welke titel de overdracht in dat specifieke geval moet plaatsvinden.[122]

3.3.5.2 Het recht van de begunstigde

Of er sprake is van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC ingeval de (potentiële) begunstigde een recht krijgt – het zogenoemde recht van de begunstigde – dat van rechtswege ontstaat als gevolg van het ontstaan van het trustverband, is afhankelijk van de wijze waarop de trust is vormgegeven. In casu dient in dit kader een onderscheid te worden gemaakt tussen de 'fixed' trust en de 'discretionary' trust.

3.3.5.2.1 Het recht van de begunstigde bij een 'fixed' trust

In de situatie dat de insteller een 'fixed' trust in het leven heeft geroepen, verkrijgt de begunstigde van rechtswege *een recht van de begunstigde* – een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – waaraan een economisch belang is verbonden op het tijdstip van het ontstaan van de trust. Zoals reeds in hoofdstuk 2 is opgemerkt en ook het geval is in het Curaçaose trustrecht, wordt bij een 'fixed' trust de begunstigde aangewezen en wordt zijn aandeel in het trustfonds bepaald op het moment van de totstandkoming van de trust. Of de verkrijging van het recht van de begunstigde bij een 'fixed' trust kan

119 Met het woord 'verrijking' wordt in casu bedoeld dat de trustee 'legal owner' oftewel rechthebbende wordt van de trustgoederen. Van een daadwerkelijke economische verrijking is geen sprake.

120 Zie in dit kader: P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 45; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 25-26. Vgl ook: W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 146.

121 Indien de echtelijke woning wordt overgedragen ten titel van trust is art. 1:88 lid 1 sub a BWC analoog – de wet spreekt van overeenkomsten, terwijl de trust geen overeenkomst is – van toepassing. De insteller behoeft derhalve de toestemming van zijn echtgenoot.

122 Zie hoofdstuk 4.

worden aangemerkt als een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC, is naar ik meen afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij in aanmerking moet worden genomen hetgeen de insteller met de totstandkoming van de trust in de gegeven omstandigheden ten tijde van het toevertrouwen van de goederen heeft gewild.[123/124/125] Dat wil zeggen dat het doel waarvoor de trust in het leven is geroepen en de bevoordelingsbedoeling van de insteller, in casu essentieel is.[126/127] Mijns inziens kan het aanmerken van de verkrijging van *het recht van de begunstigde* waaraan een economisch belang is verbonden als een gift, bij de 'fixed' trust derhalve niet worden aangenomen als een vanzelfsprekendheid. Men denke onder andere aan de situatie waarin trusts worden gebruikt als zekerheidsinstrument of om een onderneming te drijven, de insteller als begunstigde is aangewezen[128] of een persoon is aangewezen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis ex art. 6:3 BWC. In de voornoemde gevallen ontbreekt de bevoordelingsbedoeling, dan wel is er géén sprake van een verarming van de schenker en een verrijking van de begunstigde.[129/130]

123 Vgl. ook: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*); H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandeling (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Parijs 2016, p. 16-19; C. Spierings, De eenzijdige rechtshandeling (Onderneming en recht nr. 89), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 10.4.

124 Er zou ook sprake kunnen zijn van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC indien de aanwijzing van een begunstigde bij een 'fixed' trust voorwaardelijk is. Dat betekent dat het recht van de begunstigde waaraan een economisch belang is verbonden, voorwaardelijk is. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de begunstigde pas zijn economisch belang kan opeisen op het moment van overlijden van de insteller of ingeval hij een bepaalde leeftijd heeft bereikt. In dat geval is art. 7:186 lid 2, 2e volzin BWC niet van toepassing, gelet op het feit dat onder het 'ontvangen van een prestatie' tevens moet worden verstaan het kunnen verwerven van een aanspraak. In dit specifieke geval verkrijgt de aangewezen begunstigde een recht waaraan een voorwaarde is verbonden. Dat er een onzeker element is, lijkt in casu irrelevant te zijn. Zie hierover uitvoerig: M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 1711. Vgl. ook: *Kamerstukken II* 1998/99, 17213, nr. 4, p. 8-9; J.C. van Straaten, *Parlementaire geschiedenis van de totstandkoming en invoering van titel 7.3 BW: schenking: civiel en fiscaal*, Amersfoort: Sdu 2005, p. 77-79; M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 687-689; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 267.

125 Is er sprake van een bevoordelingsbedoeling ten tijde van de overdracht ten titel trust, dan behoeft de insteller in beginsel de toestemming van zijn echtgenoot ex 1:88 BWC.

126 Bij een inbreng van goederen in een 'fixed' trust gedurende het bestaan hiervan, dient de inbreng mijns inziens te worden beoordeeld aan de hand van dezelfde criteria. Een inbreng heeft tot gevolg dat de waarde van het economische belang van de begunstigde toeneemt.

127 Anders: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 87-88.

128 Art. 3:153 lid 2 BWC.

129 Het gebruik van een trust als zekerheidsinstrument kan in casu worden vergeleken met de inmiddels afgeschafte fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid. Hierbij ontbreekt de bevoordelingsbedoeling. In dat geval strekt het verkrijgen van het recht van de begunstigde tot zekerheid van de verstrekte lening.

Hiernaast zal bij een testamentaire trust – waarvan de trust als 'fixed' wordt vormgegeven – evenmin sprake zijn van een gift in de zin van art. 7:186 lid 2 BWC. In een dergelijke situatie dient de verkrijging van het recht van de begunstigde naar mijn mening – gezien het economisch belang dat aan het recht is verbonden – als een verkrijging krachtens erfrecht, in het bijzonder als een verkrijging krachtens legaat te worden aangemerkt.[131]

3.3.5.2.2 Het recht van een begunstigde bij een 'discretionary' trust

Bij een 'discretionary' trust hebben potentiële begunstigden op het moment van de creatie van de trust (nog) géén economisch belang in het trustfonds en verkrijgen zij pas een recht op overdracht van de trustgoederen op het tijdstip van aanwijzing door de trustee. Men kan zich hierbij afvragen of de verkrijging van het recht van de begunstigde waaraan (nog) geen economisch belang is verbonden, als een voorwaardelijke gift ex art. 7:186 lid 2 BWC moet worden beschouwd. In mijn optiek is dit nimmer het geval. Zou de potentiële begunstigde een voorwaardelijk recht – in het bijzonder een recht onder opschortende voorwaarde – verkrijgen, dan zou bij voorbaat zijn bepaald aan wie het recht van levering zou worden toegekend en zal voorts aan alle voorwaarden van art. 3:84 BWC worden voldaan, met dien verstande dat de levering voorwaardelijk is.[132] Vanwege zijn discretionaire bevoegdheid heeft de trustee evenwel een keuzemogelijkheid en wordt pas bij de uitoefening daarvan bekend aan welke potentiële begunstigde het recht op overdracht van trustgoederen daadwerkelijk toekomt. Gelet op het feit dat een potentiële begunstigde een potentieel belang c.q. recht heeft en derhalve geen daadwerkelijke aanspraak op de trustgoederen kan maken zolang de trustee geen gebruikt heeft gemaakt van zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing, kan er mijns inziens bij de totstandkoming van de trust op geen enkele wijze worden gesproken van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC.[133]

Zal er dan wel sprake zijn van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC op het tijdstip van aanwijzing van de begunstigde en daarmee de verwerving van een economisch belang in het trustfonds? Naar mijn overtuiging is dat – evenals bij de instelling van een 'fixed' trust – afhankelijk van de intentie van de insteller

130 Bij trusts waarbij de insteller wordt aangewezen als begunstigde – onder andere ook 'bare' trusts – is er géén sprake van een verrijking van de begunstigde als begiftigde.

131 Zie ook hoofdstuk 4.

132 Zie in dit kader paragraaf 3.9.2.5 e.v.

133 Vgl. ook: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 90-91; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 234; H.M.C. Duin, 'Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme', *KWEP* 2021/9, p. 9. Anders: W. Loof, 'Reactie op 'Never trust a trust" van A.J. van Hoepen in WPNR (2014) 7008', *WPNR* 2014/7028, p. 724-725.

in de gegeven omstandigheden ten tijde van het toevertrouwen van de goederen en daarmee het doel waarvoor de trust in het leven is geroepen.[134/135]

3.3.5.2.3 De trust ter verwezenlijking van een bepaald doel
Is een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel ingesteld, dan kent een dergelijke trust op het tijdstip van de totstandkoming van de trust geen (potentiële) begunstigden. Zolang de begunstigde onbekend is, is er logischerwijs geen sprake van een schenking ex art. 7:175 BWC c.q. een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC. Dat is tevens het geval indien personen zijn aangewezen die – ter voorkoming dat het omschreven doel wordt overschreden – rechtens kunnen optreden tegen de trustee in het kader van trustrechtelijke schendingen. In het voorgaande verkrijgt de desbetreffende persoon geen economisch belang bij de totstandkoming van de trust en ontbreekt bovendien ten aanzien van die persoon een bevoordelingsbedoeling. Of er in casu al dan niet sprake is van een schenking ex art. 7:175 BWC c.q. een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC, dient mijns inziens te worden beoordeeld op het tijdstip waarop de begunstiging wordt aanvaard of kan worden aanvaard.[136] Hierbij dient rekening te worden gehouden met hetgeen de insteller in de gegeven omstandigheden als intentie had.

3.3.5.3 Een overdracht ten titel van trust of ten titel van schenking?

Gedurende het bestaan van de trust kunnen in het Curaçaose recht diverse titels ten grondslag liggen aan een overdracht tussen de insteller c.q. inbrenger en de trustee.[137] Wanneer de insteller c.q. de inbrenger goederen onder trustverband wil plaatsen, dan dient hij – teneinde het trustverband daadwerkelijk op de goederen te laten rusten – de beoogde trustgoederen aan de trustee over te dragen ten titel van trust. De situatie kan zich echter tevens voordoen waarin de insteller c.q. inbrenger een schenking doet aan de trust (*lees*: trustee), door goederen aan de trustee over te dragen die bestemd zijn voor de (potentiële) begunstigden of het betreffende doel en die te zijner tijd aan hen of namens het doel zullen worden gedistribueerd.[138] Men kan zich in dat kader afvragen krachtens welke titel de overdracht daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, een

134 Vgl. ook: art. 7:188 BWC.
135 Anders: A.J. van Hoepen, 'Never trust a trust. Het verhaal van de treurige legitimaris', *WPNR* 2014/7008, p. 201-202. Vgl. ook: W. Loof, 'Reactie op 'Never trust a trust" van A.J. van Hoepen in WPNR (2014) 7008', *WPNR* 2014/7028, p. 724-725; A.J. van Hoepen, 'Naschrift', *WPNR* 2014/7028, p. 726-728; H.M.C. Duin, 'Rechtsvragen rondom, trusts, Privatstiftungen en de legitieme', *KWEP* 2021/9, p. 8-11.
136 Vgl. ook: art. 7:188 BWC.
137 Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de koop of de natuurlijke verbintenis.
138 Dit zal men name voorkomen bij trusts die zijn opgericht ter verwezenlijking van een bepaald doel en in het bijzonder charitatieve trusts. Een derde die een donatie wil doen aan de voornoemde trusts, zal als 'inbrenger' worden aangemerkt.

overdracht ten titel van trust, dan wel een overdracht ten titel van schenking. Draagt een insteller c.q. inbrenger in casu goederen ten titel van schenking over aan de trustee, dan dient dit zo te worden uitgelegd dat de insteller c.q. inbrenger de intentie heeft gehad om (potentiële) begunstigden van de trust of het desbetreffende doel te bevoordelen, doch zal de trustee – gezien zijn functie – de goederen als zodanig beheren tot distributie plaatsvindt. De facto impliceert de overdracht ten titel van schenking een overdracht ten titel van trust. Derhalve dient in mijn visie iedere overdracht ten titel van schenking aan de trustee dan wel iedere situatie waarin de begunstigde (indirect) wordt verrijkt terwijl er een verarming plaatsvindt, geacht te zijn geschied ten titel van trust.[139/140]

3.4 De formaliteiten bij de instelling en de openbaarmaking van de Curaçaose trust

Voor de rechtsgeldige instelling van de 'inter vivos' trust respectievelijk een testamentaire trust, moet de insteller naast de vereisten die in paragraaf 3 zijn besproken, een aantal formaliteiten in acht nemen.

Hierna zullen de formaliteiten die vereist zijn ten aanzien van zowel de wilsverklaring omtrent de totstandkoming van de trust als het toevertrouwen worden belicht. Daarbij moet bedacht worden dat er thans naar Curaçaos recht nog altijd onduidelijkheden bestaan over de praktische uitvoering van de 'inter vivos' trust middels een eenzijdige verklaring van trust en de testamentaire trust. Gelet op deze bijzonderheid wordt voor de 'inter vivos' trust middels een eenzijdige verklaring van trust en de testamentaire trust uitsluitend de wilsverklaring besproken.

3.4.1 De formaliteiten bij de instelling van de trust

3.4.1.1 Wilsverklaring

De insteller die een trust bij leven, dan wel bij uiterste wilsbeschikking tot stand wil brengen, dient zijn intentie om een trust in te stellen ten bate van één of meer personen of ter verwezenlijking van een omschreven doel in een verklaring te openbaren, waarbij hij de trustgoederen en het doel c.q. de (potentiële) begunstigden omschrijft. Deze wilsverklaring moet te allen tijde kenbaar worden gemaakt door middel van een notariële akte.[141] Uit de for-

139 Zie hiervoor ook paragraaf 4.3.15.3.

140 Mijns inziens is deze conversie van overeenkomstige toepassing op overdrachten in het kader van het erfrecht, met dien verstande dat in een dergelijk geval sprake zal zijn van een verkrijging krachtens erfrecht door de trustee.

141 Art. 3:130 lid 1 BWC.

mulering van art. 3:130 lid 1 en 2 BWC blijkt dat de wetgever de instelling van de trust bij uiterste wilsbeschikking in de vorm van een noodtestament of een depot-testament ex titel 4.4 BWC heeft willen uitsluiten. Vermoedelijk was de wetgever zich ervan bewust dat notariële bijstand noodzakelijk moet worden geacht bij een complexe rechtsfiguur als de trust.

Het bovenstaande impliceert aldus dat een notariële akte een constitutief vereiste is voor de openbaarmaking van de trustintentie en daarmee ook de totstandkoming van de trust, reden waarom notariële tussenkomst altijd verplicht is.[142]

3.4.1.2 Overdracht

Zoals in paragraaf 3.3.3.4 is vermeld, moeten naar Curaçaos recht de trustgoederen, naast de materiële vereisten, aan de (beoogde) trustee worden toevertrouwd. Als de insteller een keuze maakt voor de 'inter vivos' trust en het toevertrouwen geschiedt door een overdracht ten titel van trust, is er voor deze overdracht, in tegenstelling tot de wilsverklaring, niet altijd een notariële akte vereist.

De voor de overdracht vereiste leveringsformaliteiten ten aanzien van de goederen die aan de (beoogde) trustee worden toevertrouwd, vindt plaats naar gelang van de aard van het goed dat onder trustverband wordt geplaatst. De overdracht van de goederen geschiedt derhalve overeenkomstig de art. 3:89 BWC e.v., art. 2:110/210 lid 2 BWC of op een andere in de wet voorgeschreven wijze.[143]

3.4.2 Trustgebreken en heling van een trust

De trust wordt naar Curaçaos recht aldus ingesteld bij notariële akte en dient te worden verleden door of ten overstaan van een Curaçaose notaris in de taal die de insteller kiest, mits de notaris deze taal verstaat.[144] Met de instelling van de trust bij notariële akte heeft de Curaçaose wetgever het waarborgen van de rechtszekerheid beoogd.[145]

---

142 Art. 3:130 lid 1 en 2 BWC.

143 Zie ook: Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

144 Art. 3:130 BWC jo. art. 33 Landsbesluit van de 7de augustus 2014, houdende vaststelling van de geconsolideerde tekst van de Landsverordening op het Notarisambt, *Publicatieblad* 2014, nr. 76. Zie voor de taal waarin de notariële akte moet worden verleden, art. 3:129 BWC. De officiële talen waarin de akte kan worden verleden zijn de Papiamentse, Nederlandse, Engelse of Spaanse taal.

145 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6; M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 812.

Aan de instelling van de trust bij notariële akte kunnen gebreken kleven. Deze gebreken kunnen mijns inziens naar hun aard – krachtens hetgeen indirect kan worden afgeleid uit de wet – worden verdeeld in totstandkomingsgebreken en instellingsgebreken.[146] In de eerste situatie ontbreekt een door de notaris ondertekende akte en is er sprake van een totstandkomingsgebrek.[147] Dit gebrek wordt gestraft met nietigheid met als gevolg dat er geen trust tot stand komt. In de tweede situatie is er wel sprake van een door de notaris ondertekende akte, doch mist deze kracht van authenticiteit of is er sprake van een gebrek dat niet leidt tot nietigheid van de trust.[148] Aan het ontstaan van de trust wordt hierdoor toch geen afbreuk gedaan.[149]

Uit het bepaalde in art. 3:130 lid 2 BWC kan worden afgeleid dat authenticiteit géén noodzakelijk vereiste is voor de totstandkoming van de trust. Op dit laatste heeft de Curaçaose wetgever echter een uitzondering gemaakt. Indien een trust door een bij een notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking is ingesteld en er kleeft hieraan een instellingsgebrek, leidt dit gebrek tot nietigheid van de trust en is er hierdoor geen sprake van het bestaan van een trust.[150] Voor de uiteengezette regeling van art. 3:130 lid 2 BWC lijkt de Curaçaose wetgever aansluiting te hebben gezocht bij de algemene bepalingen omtrent de oprichting van een rechtspersoon in boek 2 BWC.[151]

Alhoewel de trust bij notariële akte wordt ingesteld, kan er, zoals uit het bovenstaande volgt, bij de instelling hiervan een aantal gebreken optreden. Wanneer er aan de trust gebreken kleven, biedt de wet op grond van art. 3:131 BWC de mogelijkheid om de desbetreffende gebreken te helen. Bij een zodanig gebrek kan de rechter in eerste aanleg op verzoek van de insteller, een andere belanghebbende of het openbaar ministerie, de optredende trustee veroordelen tot het verrichten van hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust, met inbegrip van de aanpassing van de trustakte.[152]

---

146 Art. 3:130 lid 2 BWC.

147 Art. 3:130 lid 1 BWC. Vgl. ook: M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 403; *Kamerstukken II*, 1982/83, 17725, 3, p. 54-55; *Kamerstukken II* 1984/85, 17725, 7, p. 13-14.

148 Men denke aan bijvoorbeeld de situatie waarin de datum van het verlijden van de akte ontbreekt of het geval waarin de notaris het vereiste van art. 3:161 BWC niet in acht heeft genomen.

149 Art. 3:130 lid 2 BWC. Vgl.ook: Vgl. ook: M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 403; *Kamerstukken II*, 1982/83, 17725, 3, p. 54-55; *Kamerstukken II* 1984/85, 17725, 7, p. 13-14.

150 Art. 3:130 lid 2 BWC. Dit is een afwijking van het bepaalde in art. 4:109 lid 4 BWC, waarin authenticiteitsgebreken met vernietigbaarheid worden gestraft. Het is niet duidelijk waarom de Curaçaose wetgever van het voornoemde heeft afgeweken.

151 Zie ook: art. 2:2 lid 1 BWC.

152 Het woord 'kan' duidt aan dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft. Dat betekent dat de rechter niet verplicht is de trustee te veroordelen tot het herstellen van het gebrek. Zie in dit kader art. 3:131 BWC.

Welke gebreken de Curaçaose wet precies bedoelt, valt niet uit de wettekst af te leiden. Vanuit mijn invalshoek dienen enkel de instellingsgebreken – en dus de gebreken die niet essentieel zijn voor het bestaan van de trust – onder art. 3:131 BWC te vallen.[153/154] Men denke hierbij aan het hiervoor genoemde authenticiteitsgebrek of in bepaalde gevallen strijdigheid met een wetsbepaling.[155] De wetgever laat zich evenmin uit over de vraag of aan de heling[156] terugwerkende kracht kan worden toegekend. De Boer is van mening dat aan de heling terugwerkende kracht moet worden verleend, gezien het feit dat de wet op grond van art. 3:133 lid 1 BWC terugwerkende kracht verleent ingeval van een wijziging wegens onvoorziene omstandigheden.[157] Ik deel deze opvatting.

Indien men geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid tot heling of de rechter de optredende trustee niet tot herstel van de gebreken heeft verplicht, blijven de gebreken kleven aan de bestaande trust. In een zodanige omstandigheid ontbindt de rechter in eerste aanleg de trust op verzoek van het openbaar ministerie, op de grond dat aan de trust gebreken kleven of in het belang van de openbare orde.[158] Dit heeft het einde van de trust tot gevolg.

In de memorie van toelichting wordt er echter gesproken van het ontbinden van een ongeldige trust. Het voorgaande is als volgt beschreven:

> "Indien de trust ongeldig is kan deze worden ontbonden door de rechter in eerste aanleg (…), behoudens heling (…)."[159]

---

153 Totstandkomingsgebreken vallen mijns inziens niet onder art. 3:131 BWC. Een totstandkomingsgebrek leidt tot de nietigheid van een trust, zodat er geen sprake kan zijn van een bestaande trust. Slechts bij een bestaande trust kan er een beroep op heling worden gedaan.

154 Teneinde te voorkomen dat er op basis van de huidige wettekst verwarring ontstaat, is het wenselijk dat de Curaçaose wetgever deze aanpast. De Curaçaose trust ontstaat immers niet indien op één of andere wijze niet cumulatief is voldaan aan de constitutieve vereisten voor de totstandkoming van de trust. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan overdrachtsgebreken waarbij de overdracht van een beoogd trustgoed niet goed is gegaan.

155 Volgens De Boer kan naast strijdigheid met een wettelijk voorschrift ook een wilsgebrek als een gebrek in de zin van art. 3:131 BWC worden aangemerkt. Mijns inziens moet anders dan De Boer betoogt, een wilsgebrek – behoudens dwaling in bepaalde gevallen – als een totstandkomingsgebrek worden aangemerkt, gezien het feit dat de intentie van de insteller cruciaal is voor de totstandkoming van de trust. Zie voor de classificatie van De Boer: J. de Boer, *Inleiding Curaçaose trust*, (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 3 en J. De Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 288.

156 Terzijde merk ik op dat heling in casu een eigensoortig begrip is dat anders is dan het bepaalde in art. 3:58 BWC.

157 Zie ook: J. de Boer, *Inleiding Curaçaose trust* (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 3. en J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 288.

158 Art. 3:159 lid 1 sub e BWC jo. 3:131 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

159 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7. Zie in dit kader ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 13 (onderdeel G). Ondanks het feit dat de term 'ongeldig' in het wetsartikel is geschrapt, kan er nog steeds

In casu wordt de term 'ongeldig' ongelukkig gebruikt. Immers, tussen de termen ongeldigheid en nietigheid maakt de rechtspraak geen onderscheid en zij leiden tot dezelfde rechtsgevolgen.[160] Dit heeft tot gevolg dat ingeval van een ongeldigheid (*lees ook*: nietigheid) de ontbinding niet aan de orde komt, gezien het feit dat een ongeldige trust geacht wordt nimmer te hebben bestaan. Enkel bij een bestaande trust kan de ontbinding plaatsvinden.

Voor wat betreft de regeling zelf, is deze curieus. De wetgever geeft aan dat de rechter "*de als trustee fungerende persoon [kan] veroordelen tot het verrichten van hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust, daaronder begrepen de aanpassing van de trustakte*."[161] Enerzijds zijn de bovenbeschreven handelingen eerder weggelegd voor de insteller. Dit, gezien het feit dat de trustintentie van de insteller kenmerkend is voor de instelling van de trust en de (beoogde) trustee door het verrichten van deze handelingen een inbreuk kan maken op de wil van de insteller.[162] Anderzijds is het niet onbegrijpelijk dat de Curaçaose wetgever gekozen heeft voor de bewoordingen in art. 3:131 BWC. De trustee is door de totstandkoming van een rechtsgeldige trust immers volledig rechthebbende geworden en dient als rechthebbende deze handelingen te verrichten om de desbetreffende gebreken op te heffen. Wordt het voorgaande in ogenschouw genomen, dan dient de rechter mijns inziens zowel – indien mogelijk – de insteller als de trustee te veroordelen tot heling indien een 'inter vivos' trust is ingesteld. Ingeval een testamentaire trust in het leven is geroepen, dient de heling – de trust is dan wel rechtsgeldig tot stand gekomen – door de trustee en voor zover mogelijk, door de begunstigde(n) en de protector te geschieden.

3.4.3 De formaliteiten bij de openbaarmaking van de trust

Na de totstandkoming van de trustakte dient de trust openbaar te worden gemaakt, door een inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.[163] De notaris ten overstaan van wie de trustakte is verleden, is belast met de uitvoering van deze verplichting.[164]

Vanwege het gevaar van openbaarmaking van gevoelige gegevens heeft de wetgever echter geopteerd voor beperkte publiciteit en worden enkel gegevens openbaar gemaakt, voor zover dat noodzakelijk is voor de bescher-

---

sprake zijn van een ongeldige trust.

160 HR 21 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1849, *NJ* 2008/297, mn.t. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5.4.

161 Art. 3:131 BWC.

162 De insteller is immers de persoon die de trust instelt. Zie in deze context art. 3:127 lid 1 BWC.

163 Art. 3:161 BWC jo. art. 2 lid 1 Handelsregisterverordening jo. art. 4a Handelsregisterverordening jo. art 17a Landsbesluit strekkende tot wijziging Handelsregisterbesluit 2009, *Publicatieblad* 2019, nr. 36. De inschrijving vindt plaats overeenkomstig de bepalingen inzake de inschrijving van een trust in het handelsregister.

164 Art. 3:161 lid 1 jo. art. 5 lid 2 Handelsregisterverordening.

ming van rechten van derden.[165] Bij een herroeping of wijziging is de betrokken notaris eveneens gehouden tot de inschrijving van de herroeping, datum van wijziging en de gewijzigde gegevens die van betekenis zijn.[166]

3.5 Wat kan precies worden toevertrouwd aan de trustee in het Curaçaose trustrecht?

3.5.1 De trustgoederen

Zoals in paragraaf 3.3 is uiteengezet, is het kenmerkende van de trust dat al hetgeen onder trustverband wordt geplaatst, een geheel van afgescheiden goederen vormt.[167] In dit kader rijst de vraag welke vermogensbestanddelen precies tot dit afgescheiden geheel behoren wanneer er een overdracht ten titel van trust of de instelling van een trust middels een eenzijdige verklaring van trust – de 'declaration of trust' – plaatsvindt. Afgezien van het bepaalde in art. 3:127 BWC, wordt dit niet expliciet door de Curaçaose wetgever omschreven.

Krachtens artt. 3:127 lid 2 sub a en 3:155 lid 1 BWC vormen de goederen van de trust, ofwel het trustfonds, een geheel van afgescheiden goederen. Hieruit kan worden gedistilleerd, dat zowel zaken ex art. 3:2 BWC als vermogensrechten ex art. 3:6 BWC als trustgoederen kunnen worden aangemerkt. Wat betreft de onder het trustverband te plaatsen vermogensrechten dienen de volgende categorieën te worden onderscheiden:

1. de absolute vermogensrechten[168]
2. de relatieve vermogensrechten.

Onder de absolute vermogensrechten vallen de rechten die absoluut van aard zijn en aldus werking jegens derden hebben, zoals het eigendomsrecht en de daarvan afgeleide beperkte rechten en de daarmee samenhangende rechten.[169]

---

165 De gegevens die openbaar moeten worden gemaakt, worden in art. 5 lid 2 Handelsregisterverordening jo. art. 17a Landsbesluit strekkende tot wijziging Handelsregisterbesluit 2009 opgesomd. Verder is voor deze regeling aansluiting gezocht bij bepalingen omtrent de beperkte openbaarmaking van commanditaire vennootschappen en de bepalingen omtrent de openbaarmaking van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging bij rechtspersonen. Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 14-15.

166 Art. 3:161 lid 1 en 2 BWC.

167 Art. 3:127 lid 2 sub a BWC.

168 Ik volg in casu de opvatting van Struycken. Zie hiervoor: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 95-100.

169 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 22-27; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5 en p. 12-15.

Onder deze categorie vallen tevens de rechten op het gebied van de intellectuele eigendom zoals de octrooi-, auteurs- en merkenrechten.[170]

Naast de absolute vermogensrechten kunnen op grond van de wet ook de relatieve vermogensrechten, oftewel de persoonlijke rechten onder trustverband worden geplaatst. Deze rechten zijn relatief van aard en derhalve hebben zij slechts werking jegens de wederpartij. Men denke hierbij aan privaatrechtelijke vermogensrechten als vorderingsrechten, alsook aan rechten met een vermogensrechtelijke inslag die aan het publiekrecht zijn ontleend zoals vergunningen en concessies.[171] Een goed voorbeeld van een privaatrechtelijk vermogensrecht in de trustwetgeving is een aandeel in een nv of bv zoals bedoeld in art. 3:136 lid 2 sub b jo. artt. 2:103 en 2:203 BWC.

Blijkens art. 3:6 BWC is het niet vereist dat het recht overdraagbaar is, om het als een vermogensrecht te kunnen aanmerken.[172] Gezien het karakter en de wijze van totstandkoming van de trust kunnen alleen vermogensrechten die naar hun aard overdraagbaar zijn onder trustverband worden geplaatst. Indien het vermogensbestanddeel niet overdraagbaar is, kan het bij de totstandkoming van de trust niet onder trustverband worden geplaatst, omdat dit de werking van de trust onmogelijk maakt. Om deze reden dient de overdraagbaarheid in dit specifieke geval een constitutief vereiste te zijn.

3.5.2 Bijzonderheden

3.5.2.1 Een onderneming of aandeel in een openbare personenvennootschap ex art. 3:136 BWC

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer een onderneming of aandeel in een personenvennootschap onder trustverband wordt geplaatst.[173] Ingevolge art. 3:136 lid 2 sub c BWC dient de trustee, tenzij in de trustakte anders is bepaald, het bestaan van het trustverband te doen inschrijven, voor zover het

---

170 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 22-27; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5 en p. 12-15.

171 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 3; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5 en p. 12-15.

172 Zie ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4; P.A. Stein, 'GS Vermogensrecht, art. 3:6 BW, aant. 14', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer.

173 Als gevolg van de inwerkingtreding van titel 7.13 BWC op 1 januari 2012 heeft de Curaçaose wetgever de zinsnede "aandeel in een vennootschap" ex artikel 3:136 lid 2 sub c BWC vervangen met de zinsnede "aandeel van een volledig aansprakelijke vennoot in een openbare vennootschap". Zie hiervoor: MvT Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114, p. 2; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 3.

trustfonds bestaat uit een onderneming of een aandeel van een volledig aansprakelijke vennoot in een openbare vennootschap (*hierna*: openbare personenvennootschap). Uit deze wetsbepaling kan worden afgeleid dat de Curaçaose wetgever het plaatsen van een onderneming (*lees:* eenmanszaak) of aandeel in een openbare personenvennootschap onder het trustverband beoogd heeft.

Een bijzonderheid in dit specifieke geval is dat een onderneming of een aandeel in een openbare personenvennootschap een dynamisch vermogen heeft, bestaande uit een geheel van activa (goederen) en passiva (schulden) dat deel uitmaakt van het eigen vermogen van de insteller. Het meest essentiële punt dat men in casu niet uit het oog mag verliezen, is het feit dat slechts de positieve vermogensbestanddelen, ofwel de ondernemingsactiva, onder trustverband kunnen worden geplaatst.[174] Dit impliceert dat de schulden van een onderneming of van een aandeel in een openbare personenvennootschap die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan en die onderdeel uitmaken van het vermogen van de insteller, géén onderdeel uitmaken van het trustfonds.[175] Immers, het doel van de trust behelst het voordeel verschaffen aan de aangewezen begunstigden of ter verwezenlijking van een bepaald doel, dit in tegenstelling tot rechtspersonen die opgericht worden ter uitoefening van een bedrijf. Voorts kan worden geconstateerd dat als gevolg van het onder trustverband plaatsen van de ondernemingsactiva, respectievelijk de activa die deel uitmaken van een aandeel in een openbare personenvennootschap, het vermogen van deze rechtsvormen niet meer in één persoon is verenigd. Dit betekent dat er de facto geen sprake meer is van een eenmanszaak of aandeel, omdat de schulden enerzijds onderdeel blijven uitmaken van het vermogen van de insteller, terwijl anderzijds de trustee rechthebbende is geworden van de goederen die tot een afgescheiden geheel zijn gaan behoren.[176] Ten gevolge hiervan worden de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de insteller zonder meer beperkter, omdat er na de overdracht ten titel van trust minder positieve vermogensbestanddelen zijn die nog behoren tot het vermogen van de insteller. De notaris zal in dit geval ongetwijfeld dienst moeten weigeren om te voorkomen dat hij bij de afweging van belangen van derden ten opzichte van de trustee een onrechtmatige daad zou kunnen plegen.[177] Kortom, het onderbrengen van een onderneming c.q. een aandeel

174 Burgers gaat er ten onrechte van uit dat – naast bezittingen – tevens schulden en verplichtingen onder trustverband kunnen worden geplaatst. Zie hiervoor: H. Th. Burgers, 'Welkom trust!', *CJB* 2012/2, p. 96; H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 410.

175 De schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan, blijven in beginsel onderdeel uitmaken van het vermogen van de insteller. Dit betekent dat deze schulden niet als gevolg van een overdracht ten titel van trust overgaan op de trustee, doch dit kan enkel worden gerealiseerd door middel van een schuldoverneming ex art. 6:155 BWC.

176 Art. 3:127 lid 2 sub a BWC spreekt immers van 'goederen'.

177 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, *NJ* 2015/479 m.nt. S. Perrick (*Novitaris*) en HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.7 – 2.30.

in een openbare personenvennootschap kan thans naar Curaçaos recht tot een actio pauliana leiden.[178]

3.5.2.2 De economische eigendom[179]

Een ander uitzonderlijk geval is de zogenoemde economische eigendom. De economische eigendom is de verzamelnaam voor constructies die een splitsing van het eigendomsrecht behelzen, waarbij de één formeel rechthebbende is van een goed en aldus de juridische eigenaar, terwijl aan de ander, de economische eigenaar, enkel het economisch belang toekomt.[180]

Alhoewel van deze constructie in de praktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt, heeft het Curaçaose burgerlijk recht net als het Nederlandse, de economische eigendom niet in de wet opgenomen. Ten grondslag hieraan ligt het feit dat de term 'economische eigendom' niet meer is dan een geheel van verbintenissenrechtelijke rechten en verplichtingen.[181] Derhalve is de 'economische eigendom' niet aan te merken als eigendom ex art. 5:1 BWC.[182] De overdracht van deze groep rechten en verplichtingen is dan slechts mogelijk via een contractsoverneming ex art. 6:159 BWC, mits de juridische eigenaar hieraan zijn medewerking verleent.[183]

In de reeds aangehaalde passage[184] uit de memorie van toelichting heeft de Curaçaose wetgever het volgende over de economische eigendom opgemerkt:

---

178 Zie voor een mogelijke oplossing in dit kader pargaraaf 4.3.6.

179 De zuivere economische eigendom dient mijns inziens niet te worden verward met het economisch belang, dat uit de splitsing van macht en belang bij de trustfiguur voortvloeit. Zie voor de uiteenzetting van het begrip 'economische eigendom': W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995. Zie ook paragraaf 5.2.3.

180 W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12-13; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, hoofdstuk 7; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 425-427.

181 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*), r.o. 3.4 en HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, *NJ* 2004/316, m.nt. P.A. Stein (*Vagobel/Geldnet*). Zie ook: W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12-15.

182 Het woord 'overdracht' is volgens Huijgen in de context van de economische eigendom onjuist, aangezien er niets wordt overgedragen krachtens art. 3:84 lid 1 BW. Dit kan analoog worden toegepast op het Curaçaose recht. Zie in dit verband: W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 13-14; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 7.4.

183 C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 295 e.v.; T.J. Mellema-Kranenburg, 'commentaar op art. 6:159 BW', in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer; W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 14-15.

184 Zie ook paragraaf 3.3.3.3.

> "Zo wordt de term overdracht vermeden, maar wordt gesproken van het in de macht brengen van de trustee, hetgeen een zgn. 'economische eigendomsoverdracht' niet uitsluit, waarbij aan de trustee persoonlijke rechten worden verschaft."[185]

In casu heeft de wetgever niet stilgestaan bij de verplichtingen die aan deze rechten kunnen zijn verbonden. Zoals in het bovenstaande al is besproken, bestaat de constructie 'economische eigendom' niet louter uit contractuele rechten, doch ook uit verplichtingen. Er worden aldus naast de persoonlijke rechten als onderdeel van een geheel, ook verplichtingen 'overgedragen'.[186]

Voorts ben ik van mening dat het begrip 'economische eigendomsoverdracht' in dit specifieke geval vermeden dient te worden. Het motief hiervoor is dat er geen daadwerkelijke overdracht ex art. 3:84 BWC plaatsvindt, zodat het gebruik van het begrip verwarring met zich mee kan brengen.[187] Daarnaast leidt het gebruik van deze term tot een botsing met het karakter van de trust, waarbij – indien een overdracht ten titel van trust plaatsvindt – wel sprake is van een werkelijke overdracht ex art. 3:84 BWC.

3.5.2.3 Toekomstige goederen

Naar Anglo-Amerikaans trustrecht kunnen toekomstige goederen – in het bijzonder toekomstige vorderingen – uitsluitend onder trustverband worden geplaatst, mits die zullen ontstaan uit een reeds bestaande rechtsverhouding waaraan een tegenprestatie is verbonden.[188] Naar Curaçaos goederenrecht is een overdracht van toekomstige goederen – net als in het Nederlandse goederenrecht – niet mogelijk.[189] Dit leidt mijns inziens ertoe dat op grond van het voorgaande, het toevertrouwen van toekomstige goederen aan de trustee door middel van overdracht ten titel van trust of een eenzijdige verklaring van trust, evenmin mogelijk is.

De levering van toekomstige goederen in het Curaçaose goederenrecht is daarentegen wel onder omstandigheden toegestaan.[190] Toch kan het toevertrouwen van deze toekomstige goederen aan de trustee naar mijn mening tot problemen leiden bij de instelling van de trust in het Curaçaose recht.[191] Dit is het geval wanneer de insteller op het tijdstip van toevertrouwen (nog) niet beschikkingsbevoegd is, waardoor de aangewezen trustee niet de rechthebbende kan worden en daarmee niet de formele beschikkingsmacht kan krijgen over de trustgoederen. De trustee wordt immers pas rechthebbende op het

185 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5.
186 Deze verplichtingen hoeven niet per definitie schulden te zijn.
187 Zie ook: W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 13-14.
188 Zie hiervoor: paragraaf 2.7.2.
189 Zie in dit kader: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 291.
190 Art. 3:97 BWC.
191 Zie ook paragraaf 3.3.3.4.

tijdstip waarop de levering daadwerkelijk is voltooid en daarmee de overdracht van de beoogde trustgoederen is geëffectueerd.[192] Derhalve dient mijns inziens de levering van toekomstige goederen bij *de instelling van de trust* – teneinde te voorkomen dat de instelling van de trust en daarmee het ontstaan van het trustverband wordt belemmerd – in het Curaçaose recht in alle gevallen wettelijk uitgesloten te worden.[193]

Het bovenstaande neemt in mijn ogen echter niet weg dat de levering van toekomstige goederen – rekening houdend met de in art. 3:97 BWC neergelegde uitzonderingen – wel mogelijk is na de totstandkoming van de trust en daarmee het ontstaan van het trustverband, zolang aan de wettelijke voorwaarden is voldaan.[194]

3.5.3 De benaming 'trustvermogen'

De goederen van de trust worden ingevolge artikel 3:127 lid 2 sub a BWC, naast de benaming 'trustgoederen' tevens aangeduid als het trustvermogen. Mijns inziens is de benaming 'trustvermogen' in casu niet op haar plaats, gelet op het feit dat dit begrip ten onrechte de indruk wekt dat zowel schulden als goederen voorafgaand aan de instelling van de trust onder trustverband kunnen worden geplaatst, terwijl enkel het onder trustverband brengen van goederen mogelijk is.[195] Dit betekent dat er van schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan, vaak incorrect aangeduid als de trustschulden, nimmer sprake kan zijn.

Nadat de trust tot stand is gekomen kan de trustee wel schulden maken in de uitoefening van zijn functie. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin een onroerende zaak onder trustverband is geplaatst en de trustee onderhoudswerkzaamheden ten aanzien van de genoemde onroerende zaak laat uitvoeren. In een dergelijk geval is hij in beginsel, naar Anglo-Amerikaans recht, persoonlijk aansprakelijk jegens derden voor de schulden die voortvloeien uit de onderhoudswerkzaamheden en kunnen de schuldeisers deze schulden in beginsel verhalen op zijn privévermogen.[196] In het Curaçaose recht dient voor dit soort situaties aansluiting te worden gezocht bij het bepaalde in artt. 3:136 lid 3 en 3:157 BWC. Om de verhaalsmogelijkheden op het privévermogen

192 Pas op het tijdstip waarop de overdracht is geeffectueerd gaat het goederenrechtelijk trustverband kleven aan de aangewezen goederen.

193 Zie voor een mogelijke oplossing in dit kader paragraaf 4.3.15.4.

194 Men denke bijvoorbeeld aan art. 3:94 lid 3 BWC waarin is bepaald dat cessie van relatief toekomstige vorderingen mogelijk is, mits aan de wettelijke voorwaarden is voldaan.

195 Vgl. ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 161 en W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 141-142.

196 Zie paragraaf 2.4.7.

van de trustee te beperken en de functie van trustee aantrekkelijker te maken, vermoed ik dat de Curaçaose wetgever heeft besloten om op dit punt af te wijken van het Anglo-Amerikaanse, in het bijzonder het Engelse recht.[197]

Conform art. 3:136 lid 3 BWC moet de trustee te allen tijde – behoudens het bepaalde in de trustakte, de verkeersopvattingen of de onmogelijkheid c.q. het verbod naar het toepasselijke recht – aan zijn wederpartij kenbaar maken dat hij als trustee optreedt. Is zijn hoedanigheid kenbaar voor de derde, dan is hij als trustee aansprakelijk voor de schulden die hij in het kader van de uitoefening van zijn functie maakt, doch is zijn privévermogen niet vatbaar voor verhaal en zijn de schuldeisers aangewezen op de trustgoederen.[198] In dit kader meen ik dat het gebruik van het woord 'trustschuld' wel passend is, ondanks het feit dat ook deze 'trustschulden' geen onderdeel zijn van het geheel van trustgoederen. Is hij niet bekend als trustee bij de derde, dan is hij evengoed in de hoedanigheid van trustee aansprakelijk maar is verhaal door de schuldeisers uitsluitend mogelijk op zijn privévermogen.[199/200]

Hoewel de Curaçaose wetgever een zekere betekenis toekent aan de term 'trustvermogen', is het gebruik hiervan naar mijn mening vatbaar voor meerdere interpretaties. Enerzijds zou het begrip 'trustvermogen' – zoals neergelegd in artt. 3:127 lid 2 sub a, 3:137 lid 1 en 3:155 lid 1 BWC – kunnen verwijzen naar het begrip afgescheiden geheel van goederen, waarbij de trustgoederen afgescheiden dienen te blijven van het privévermogen van de trustee. Anderzijds zou deze benaming tevens kunnen duiden op het feit dat schuldeisers van de schulden die zijn gemaakt in het kader van het beheer van de trust – de trustschulden – een exclusieve verhaalspositie hebben en zich derhalve boven alle andere schuldeisers[201] kunnen verhalen op de trustgoederen. In dat laatste geval kan de exclusiviteit in de verhaalspositie evenwel trekken van een 'afgescheiden vermogen' vertonen, in het bijzonder in de situatie dat een onderneming c.q. een aandeel in een openbare personenvennootschap in een trust is ondergebracht.

Mede gelet op het bovenstaande en ter voorkoming van verwarring, moeten in plaats van het begrip 'trustvermogen', aanduidingen als 'het geheel van afgescheiden trustgoederen, 'trustgoederen' of het Nederlandse equivalent van het Anglo-Amerikaanse woord 'trustfund', het zogenaamde 'trustfonds', worden gebezigd teneinde zo dicht mogelijk te blijven bij de definitie in het

197 Vgl. ook: S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 187.

198 Zie ook art. 3:157 lid 1 BWC waarin is bepaald dat onder andere de uitgaven die door de trustee zijn gedaan, in beginsel ten laste van het zuiver inkomen uit het trustfonds en vervolgens van het trustfonds komen.

199 Art. 3:143 lid 1 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11.

200 Teneinde transparantie te bevorderen en misbruik van de trustfiguur tegen te gaan, is het naar mijn mening wenselijk dat de trustee zijn hoedanigheid te allen tijde kenbaar maakt.

201 Men denke bij 'andere schuldeisers' bijvoorbeeld aan de schuldeisers van de begunstigden.

Anglo-Amerikaanse trustrecht. Voorts spreekt het Anglo-Amerikaanse recht van 'trust property' ofwel 'assets' c.q. 'trust res', hetgeen op trustgoederen duidt.[202]

3.6 De betrokkenen bij de trustverhouding

3.6.1 De insteller

Ingevolge art. 3:127 lid 1 BWC is de insteller de persoon die de trust in het leven heeft geroepen. Het Curaçaose recht geeft de insteller de mogelijkheid om zowel als trustee, begunstigde of als protector op te treden.[203] Ik meen dat de insteller als degene die de trust heeft ingesteld tegelijkertijd slechts twee van de genoemde functies kan vervullen, zolang hij niet zowel trustee als enige begunstigde of zowel trustee als protector is. In dat geval zal het karakter van de trust verloren gaan en kan er geenszins worden gesproken van een trust.

Hoewel de wet zich verder niet uitlaat over de persoon van de insteller, kan mijns inziens uit de wettekst worden afgeleid dat zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen insteller kunnen zijn en is het denkbaar dat er – zoals reeds is aangestipt – meerdere instellers gezamenlijk een trust kunnen instellen.[204]

Terzijde merk ik op dat een instelling van een trust door een zestienjarige in theorie mogelijk is bij uiterste wilsbeschikking krachtens art. 4:55 BWC. Ik acht dit echter in de praktijk niet realiseerbaar, gezien de complexiteit van deze rechtsfiguur.

3.6.2 De trustee

Bij de instelling van de trust benoemt de insteller een trustee die ten behoeve van de begunstigde of ter verwezenlijking van een bepaald doel volledig rechthebbende wordt van hetgeen onder trustverband is geplaatst. Om als trustee te kunnen optreden, dient de aanstaande trustee de benoeming te

202 Vgl. ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 161 en W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 142. Anders: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 74-75.

203 Art. 3:134 lid 2, 3:153 lid 2 en 3:148 lid 1 BWC. Zie hiervoor ook: art. 3:159 lid 1 sub d BWC en J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 289.

204 Art. 3:134 lid 1 jo. lid 2 jo. art. 3:32 lid 1 BWC. Zie voor meerdere instellers paragraaf 3.3.3.3.

aanvaarden.[205] Zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen rechtsgeldig als trustee optreden.[206]

Ingevolge de wet kan de insteller zichzelf of een derde als trustee aanwijzen.[207] De trustee mag echter niet de enige begunstigde zijn en kan evenmin als protector optreden.[208]

Voorts geldt in het Curaçaose recht – zoals eerder aangegeven in paragraaf 3.3.1 – het bijkomende vereiste dat tenminste één trustee op Curaçao woonachtig, dan wel gevestigd dient te zijn.[209]

Met betrekking tot rechtspersonen kunnen specifieke kwaliteitseisen worden gesteld en is om deze reden een vergunning van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten vereist aan het trusteeschap.[210] Daarnaast is de Raad van Toezicht inzake het fiduciair bedrijf bevoegd om aan het fungeren als trustee nader door hem te bepalen kwaliteitseisen te stellen.[211] Ook kunnen voor bijzondere activiteiten bepaalde eisen worden gesteld.[212] Indien een trustkantoor als trustee optreedt is de Landsverordening toezicht trustwezen[213] van toepassing en blijft deze regeling ondanks de toepasselijkheid van trustwetgeving onverkort gelden.[214] De wetgever heeft dit noodzakelijk geacht ter voorkoming van frauduleuze praktijken.[215]

Inzake het beheer van en de beschikking over de trust kan er sprake zijn van meerdere trustees. In een zodanig geval ontstaat er een gemeenschap van goederen en is titel 3.7 BWC ten aanzien van hun bevoegdheden van toepassing.[216] In de trustakte kan hiervan worden afgeweken. Het is mij thans echter niet duidelijk of de wetgever daadwerkelijk de toepassing van alle bepalingen

205 Men vergelijke het eerdergenoemde met de benoeming en aanvaarding van een executeur ex artikel 4:143 BWC. Zie ook artikel 3:130 lid 3 sub b BWC.
206 Art. 3:134 lid 1 BWC.
207 Art. 3:134 lid 2 BWC.
208 Art. 3:159 lid 1 sub d BWC en 3:148 lid 2 BWC. Indien dit toch het geval is, houdt de trust op te bestaan. Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.
209 Art. 3:130 lid 3 sub b BWC.
210 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7 en art. 2 Landsverordening toezicht trustwezen. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12-13. (onderdeel F).
211 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7 en art. 2 Landsverordening toezicht trustwezen. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12-13 (onderdeel F).
212 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7 en art. 2 Landsverordening toezicht trustwezen. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12-13 (onderdeel F).
213 Landsverordening toezicht trustwezen, *Publicatieblad* 2003, nr. 114.
214 Art. 3:126 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.
215 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.
216 Art. 3:138 BWC; *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 13 (onderdeel F).

in titel 3.7 BWC op een groep der trustees heeft beoogd, aangezien dat de werking van de trust kan belemmeren.[217/218]

3.6.3 De protector

Indien dit bij trustakte is bepaald, is de protector de persoon die de wettelijke verplichting heeft om toezicht te houden op de trustee(s) inzake het beheer van de trust.[219] Deze functie heeft derhalve een facultatief karakter en kan volgens de Curaçaose wetgever worden vergeleken met een onafhankelijke commissaris bij het uitoefenen van een toezichthoudende functie bij een naamloze vennootschap.[220] De figuur van de protector komt steeds meer voor, met name in de 'offshore' trustwetgeving.[221]

Evenals bij de trustee het geval is, kunnen zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen als protector fungeren.[222] De protector kan niet gelijktijdig met zijn functie als protector trustee of enige begunstigde zijn.[223]

3.6.4 De begunstigde

Naast de benoeming van de trustee kan de insteller een persoon aanwijzen als begunstigde van het trustfonds. Zolang zijn aanstelling niet als een paulianeuze handeling wordt beschouwd, is de insteller bevoegd om zichzelf als begunstigde aan te wijzen.[224]

Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen als begunstigde fungeren.[225] Ook is het mogelijk om nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen, mits voldoende bepaalbaar, als begunstigde aan te merken.[226] Indien er nog geen begunstigde bestaat, stuit men op het probleem dat de Curaçaose wetgever niet bij wet heeft geregeld welke personen bevoegd

---

217 De memorie van toelichting geeft op dit punt geen toelichting, doch verwijst wel naar art. 3:170 leden 2 en 3 BWC. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

218 Zie voor een mogelijke oplossing voor deze problematiek pargaraaf 4.3.15 onder e.

219 Art. 3:147 lid 1 BWC.

220 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11-12.

221 Vgl. in dit kader paragraaf 2.4.8. Vgl. ook: M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 100-103.

222 Art. 3:148 lid 1 BWC.

223 Art. 3:148 lid 2 en 3 BWC.

224 Ik ben het met De Boer eens dat, wanneer de trustee tevens één van de begunstigden is, er sprake is van een verhoogd gevaar voor tegenstrijdig belang ex artikel 3:139 lid 3 jo. 3:137 lid 3, tweede zin BWC. Zie: J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 289 en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 12. Zie ook: art. 3:46 lid 1 sub g BWC.

225 Dit gegeven kan uit de wet worden afgeleid. Zie hiervoor: art. 3:134 lid 1 jo. art. 3:153 lid 1 BWC.

226 Art. 3:153 lid 1 BWC.

zijn om ten behoeve van de nog niet bestaande begunstigde het recht van de begunstigde uit te oefenen op het moment dat de trustee zijn trustrechtelijke verplichtingen schendt.

Een aanwijzing van de begunstigde die onherroepelijk en jegens de begunstigde om niet is, geldt krachtens art. 3:153 lid 3 BWC als aanvaard, indien zij ter kennis van de begunstigde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen.[227] De memorie van toelichting verduidelijkt echter niet in welke situaties een begunstiging anders dan om niet kan geschieden en in hoeverre en op welke wijze deze regel dient te worden toegepast op potentiële begunstigden van een 'discretionary' trust die wel een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies verwerven, doch (nog) geen economisch belang hebben in de trust.[228] Hoewel over de achterliggende redenen voor het opnemen van het voornoemde geen uitlatingen in de memorie van toelichting zijn gedaan, lijkt het dat de Curaçaose wetgever in dit geval dezelfde systematiek heeft gevolgd bij onder andere de aanvaarding van het aanbod tot omzetting van een natuurlijke verbintenis (art. 6:5 lid 2 BWC), aanvaarding van het aanbod tot afstand om niet (art. 6:160 lid 2 BWC) en de aanvaarding van een onherroepelijk derdenbeding om niet (art. 6:253 lid 4 BWC).[229][230]

Uit art. 3:153 lid 3 BWC kan worden afgeleid dat aanvaarding vereist is voor de verwerving van de bundel van trustrechtelijke rechten, bevoegdheden en remedies door de begunstigde en het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen trustee en begunstigde.[231] Deze wetsbepaling staat evenwel volledig haaks op de goederenrechtelijke werking van het trustverband en derhalve de werking van de trust. Aanvaarding veronderstelt een bepaalde inspanning. Van inspanning is naar mijn mening eveneens sprake wanneer de begunstigde kennis heeft genomen van zijn aanwijzing als begunstigde en hij deze niet onverwijld heeft afgewezen. Bij de instelling van de Curaçaose trust ontstaat ten gevolge van de creatie van het trustverband – anders dan bij aanvaarding het geval is – niet alleen *van rechtswege* een trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde of de potentiële begunstigde, doch verwerft de (potentiële) begunstigde tevens *van*

227 Art. 3:153 lid 3 BWC.

228 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 12. Er wordt in casu überhaupt niet een toelichting op de genoemde problematiek gegeven.

229 De nota van wijziging vermeldt enkel dat de art. 3:153 lid 3 BWC ontleend is aan art. 6:253 lid 4 BWC. Zie hiervoor: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 14.

230 Vgl. in dit kader onder andere: C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, nr. 570; C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2021, nr. 316.

231 De wijze waarop art. 3:153 lid 3 BWC is geformuleerd en het feit dat de memorie van toelichting zwijgt over de potentiële begunstigde, wijst mijn inziens erop dat de Curaçaose wetgever geen rekening heeft gehouden met potentiële begunstigden op dit punt.

rechtswege een bundel van trustrechtelijke rechten, bevoegdheden en remedies. Een aanvaarding in dat kader is niet een conditio sine qua non voor het ontstaan van het voornoemde. Het vastleggen van art. 3:153 lid 3 BWC laat derhalve wederom zien dat de Curaçaose wetgever op dit punt wellicht een onjuist beeld van de trustfiguur voor ogen had.[232]

3.7 De opvolging, toetreding en het einde van de hoedanigheid van trustee bij de Curaçaose trust

3.7.1 De benoeming van een trustee ter vervanging van een andere trustee of uitbreiding van een groep trustees[233]

In het voorgaande is reeds de situatie uiteengezet waarin de insteller op het moment van de instelling van de trust een trustee benoemt en de trustee vervolgens door middel van een overdracht ten titel van trust of een eenzijdige verklaring van trust de trustgoederen verkrijgt. Een trustee kan echter ook op een later tijdstip worden aangesteld, wanneer een bestaande trustee wordt vervangen of de groep der trustees wordt uitgebreid. In casu wordt er gesproken van een opvolging of toetreding van een trustee.

Het Curaçaose trustrecht verplicht de insteller – ingevolge art. 3:130 lid 2 sub c BWC – een voorziening te treffen ter verzekering dat niet een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken. Daarenboven kan op grond van art. 3:144 lid 5 BWC in de trustakte worden bepaald dat de insteller of protector naar eigen goeddunken de trustee al dan niet kan vervangen. Hieruit kan worden afgeleid dat de benoeming van nieuwe trustees gedurende het bestaan van de trust in ieder geval kan plaatsvinden krachtens een benoemingsbeding in de trustakte c.q. uiterste wil, waarbij de insteller de vrijheid heeft om te bepalen aan wie deze benoemingsbevoegdheid wordt toegekend. Ook blijkt uit art. 3:144 lid 7 BWC dat de rechter – op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve – de bevoegdheid heeft om nieuwe trustees te benoemen.[234]

Hetgeen in casu opvalt is dat het onduidelijk is of er aan de benoeming van een trustee gedurende het bestaan van de trust vormvoorschriften zijn verbonden, zoals wel het geval is bij de eerste benoeming van de trustee. Daarnaast is het bevreemdend dat de Curaçaose wetgever niet in een wettelijke bevoegdheid inzake een opvolgende benoeming heeft voorzien.[235]

---

232 Zie voor een mogelijke oplossing hiervoor paragraaf 4.3.15.6.

233 Gelet op het feit dat de Curaçaose wetgever geen rekening heeft gehouden met de trust die is ingesteld bij uiterste wilsbeschikking, dient in deze paragraaf mede onder 'trustakte' de uiterste wil te worden verstaan.

234 In casu gaat het – krachtens het bepaalde in art. 3:144 lid 7 BWC – om de benoeming van een op Curaçao gevestigde of woonachtige trustee.

235 Zie voor een oplossing hiervoor paragraaf 4.3.12.

Vindt er een opvolging of toetreding van een trustee plaats, dan wordt ingevolge art. 3:145 lid 1 BWC het trustfonds of een aandeel hierin van rechtswege verkregen en geschiedt de verkrijging derhalve onder algemene titel.[236] Dit impliceert dat zowel de goederen die deel uitmaken van het trustfonds als de schulden die de voorgaande trustee in het kader van zijn functie heeft gemaakt, overgaan op de nieuwe trustee. Anders dan bij een eenzijdige verklaring van trust is er in het onderhavige geval echter wél sprake van een vermogensverschuiving van de ene (defungerende) trustee naar de opvolgende c.q. toetredende trustee, zodat er in dit specifieke geval gesproken kan worden van een *eigendomsovergang*.

Ingeval een trustee op enig moment ontbreekt, wordt de opvolgende trustee geacht het trustfonds onder algemene titel te hebben verkregen vanaf het tijdstip van defungeren van de laatste trustee.[237] Door het gebruik van de bewoordingen 'wordt geacht' kan worden opgemaakt dat de Curaçaose wetgever aan de benoeming in het voornoemde geval terugwerkende kracht heeft toegekend. Hoewel een toelichting op dit punt in de memorie van toelichting ontbreekt, is het toekennen van terugwerkende kracht zonder meer noodzakelijk, teneinde te voorkomen dat in het tijdsbestek tussen het defungeren van de voormalige trustee en de benoeming van de nieuwe trustee, de trust geen rechthebbende heeft met alle negatieve consequenties voor de werking en het bestaan van de trust tot gevolg.

Het blijkt overigens dat de Curaçaose wetgever uit praktische overwegingen en omwille van de rechtszekerheid heeft gekozen voor een verkrijging onder algemene titel. Zonder een dergelijke bepaling zouden er moeilijkheden[238] kunnen rijzen ten aanzien van de overdracht bij iedere opvolging of toetreding en zou op deze wijze de praktische werking van de trust in het rechtsverkeer belemmerd worden.[239]

3.7.2 De schorsing en het einde van de hoedanigheid van de trustee

3.7.2.1 Schorsing

Op voet van art. 3:144 lid 2 BWC kan de trustee door een protector, of op verzoek van in de trustakte daartoe aangewezen personen of het openbaar ministerie, door de rechter in eerste aanleg worden geschorst. Echter, indien in dat geval niet binnen vier weken wordt overgegaan tot het instellen van

236 Art. 3:145 lid 1 jo. art. 3:80 lid 2 BWC.

237 Art. 3:145 lid 1, 2e volzin BWC. Zie ook paragraaf 3.3.3.1.

238 Men denke aan de situatie waarin de trustee overlijdt en de opvolgende trustee het trustfonds moet verkrijgen of de situatie waarin verplichtingen en/of schulden in het kader van de functie van de trustee moeten worden overgenomen.

239 Vgl. ook: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 218-220.

een onderzoek naar omstandigheden die tot de schorsing hebben geleid, vervalt de schorsing.[240]

3.7.2.2 Einde hoedanigheid trustee

De hoedanigheid van de trustee wordt in het Curaçaose recht op grond van art. 3:144 leden 1,4,5, en 6 BWC in de volgende situaties beëindigd:

a. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, door neerlegging van zijn taak zonder dat zulks onnodige schade voor de begunstigde of het trustfonds veroorzaakt;
b. Door middel van ontslag door de rechter in eerste aanleg, op verzoek van de protector, het openbaar ministerie of, tenzij in de trustakte anders is bepaald, de insteller of begunstigde, dan wel andere in de trustakte daartoe aangewezen personen;
c. Door de uitoefening van een beëindigingsbeding toegekend aan een persoon krachtens de trustakte;
d. Door diens dood, faillietverklaring, ondercuratelestelling of door de instelling van een bewind als bedoeld in titel 19 van boek 1 over één of meer van zijn goederen, dan wel, rechtspersoon zijnde, door een besluit tot ontbinding.

Zoals ook het geval is bij de benoeming van een trustee gedurende het bestaan van de trust, is het onzeker of vormvereisten zijn verbonden aan de situaties waarbij de hoedanigheid van de trustee eindigt in gevallen onder sub a en c voormeld.

Hetgeen in dit kader tot heden onbeantwoord is gebleven is de vraag wat de gevolgen zijn indien een trustee is gedefungeerd en geen nieuwe trustees zijn benoemd of indien er geen nieuwe trustees kunnen worden benoemd na het einde van de hoedanigheid van de trustee.[241] In dergelijke gevallen dient naar mijn mening aansluiting te worden gezocht bij het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Op het tijdstip dat de hoedanigheid van de trustee wordt beëindigd, zal zijn aandeel in het trustfonds dat aan hem toebehoorde in diens hoedanigheid van trustee naar Anglo-Amerikaans recht aanwassen bij de overige trustees in functie, en zij verkrijgen van rechtswege het aandeel van de defungerende trustee naar evenredigheid van de hun toekomende delen. Ontbreken er trustees en kunnen geen nieuwe trustees worden benoemd, dan zullen de overgebleven trustgoederen – na het voldoen van de trustschulden en tenzij in de trustakte bepaald is dat de trustgoederen aan de beneficiaries moeten worden overgedragen – moeten terugkeren naar het vermogen of de nalatenschap van de settlor.

240 Art. 3:144 lid 3 BWC.
241 Behoudens het bepaalde in art. 144 lid 7 BWC en art. 3:159 BWC.

3.8 Het karakter van de rechtsverkrijging

Art. 3:80 BWC geeft de algemene regels voor de verkrijging en het verlies van goederen. Conform deze wetsystematiek kan een verkrijging van de trustgoederen (*lees ook*: het trustfonds) zowel onder algemene als bijzondere titel geschieden. In het Curaçaose trustrecht wordt voor een duidelijk begrip van het karakter van de rechtsverkrijging, de rechtsverkrijging bij een 'inter vivos' trust en de rechtsverkrijging bij testamentaire trust apart toegelicht.

3.8.1 De 'inter vivos' trust

Over het karakter van de rechtsverkrijging bestond in het Curaçaose trustrecht al enige tijd onzekerheid, omdat de Curaçaose wetgever hierover volstrekt zweeg. Zoals reeds is uiteengezet heeft de regering van Curaçao inmiddels meer duidelijkheid verschaft inzake de eigendomsovergang van de onder trustverband geplaatste goederen.[242] Voor wat betreft de overdracht ten titel van trust, gaan de goederen die onder trustverband worden geplaatst in beginsel over op de trustee onder bijzondere titel. Heeft de insteller daarentegen een 'inter vivos' trust in het leven geroepen door middel van een eenzijdige verklaring van trust, dan vindt de verkrijging mijns inziens plaats noch onder bijzondere titel, noch onder algemene titel.

Naast de besproken wijzen kunnen er gedurende de looptijd van de trust evenzeer trustgoederen door de opvolgende of toetredende trustee worden verkregen. In dat geval vindt de rechtsverkrijging plaats onder algemene titel.[243]

3.8.2 De testamentaire trust

In paragraaf 3.3.3.3 is reeds toegelicht dat de Curaçaose wetgever uitermate vaag is over de wijze van toevertrouwen, ingeval de trust bij uiterste wilsbeschikking in het leven wordt geroepen. Uit de wettekst van de voorgestelde wetswijziging valt evenmin af te leiden op welke wijze de tijdspanne tussen het overlijden van de insteller en de verkrijging van de trustgoederen door de trustee moet worden opgelost. Dientengevolge is thans het karakter van de rechtsverkrijging ingeval van een testamentaire trust onbekend.

242 Zie paragraaf 3.3.3.3.
243 Art. 3:145 lid 1 BWC.

3.9 Het recht van de begunstigde naar Curaçaos recht

3.9.1 Het karakter van het recht van de begunstigde

Zodra de rechtsgeldige instelling van een Curaçaose trust heeft plaatsgevonden en het trustverband op de goederen rust, ontstaat ten gevolge hiervan een trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde.[244] Het ontstaan van deze trustrechtelijke rechtsverhouding heeft tevens tot gevolg dat aan de begunstigde van rechtswege rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies wordt toegekend, die gerelateerd zijn aan het beheer en de uitvoering van de trust. Deze bundel van rechten, bevoegdheden en remedies kan – zoals ook in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – het beste worden omschreven als 'het recht van de begunstigde'. Ondanks het feit dat het recht van de begunstigde, de uitoefening en de aard hiervan tot één van de fundamenten van het trustrecht behoort en wezenlijk is voor het bestaan en de werking van de trust, heeft de Curaçaose wetgever dit onderwerp in zijn geheel onbesproken gelaten. Ook in de Curaçaose rechtsliteratuur is tot heden niet hierover geschreven. Gelet op het voormelde dient mijns inziens zonder meer – voor zover niet strijdig met het Curaçaose rechtsstelsel – inspiratie te worden gezocht in het Anglo-Amerikaanse trustrecht.

Mijns inziens omvat het recht van de begunstigde – evenals in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – zowel verbintenisrechtelijke als goederenrechtelijke rechten, bevoegdheden en remedies die aan de begunstigde toekomen. De aard van het recht van de begunstigde is evenwel afhankelijk van de strekking van het trustverband, hetgeen betekent dat het type trust dat is ingesteld en de specifieke voorwaarden die in de trustakte zijn neergelegd aangeven welke rechten, bevoegdheden en remedies de begunstigde precies heeft. Niettemin heeft iedere begunstigde – ongeacht de strekking van het trustverband – naar ik meen ook in het Curaçaose trustrecht een aantal basisrechten, bevoegdheden en remedies. Het voorgaande geldt in mijn optiek in beginsel eveneens voor de potentiële begunstigden, ook al rept de memorie van toelichting hier geen woord over.

3.9.2 De belangrijkste basisrechten, bevoegdheden en remedies van een (potentiële) beneficiary

3.9.2.1 Het recht op behoorlijk beheer van de trust

Terwijl het Curaçaose trustrecht het niet expliciet benoemt, kan uit artt. 3:135 lid 1 en 3:143 lid 1 BWC worden afgeleid dat alle (potentiële) begunstigden van een trust het recht hebben op behoorlijk beheer van de trust door de trustee. Net als in het Anglo-Amerikaanse recht, omvat het recht op behoorlijk

244 Zie ook paragraaf 3.3.2.

beheer van de trust in het Curaçaose trustrecht naar ik meen het recht op rekening en verantwoording, het recht op informatie en het recht op inzage van de trustdocumenten. Voorts berust het recht op behoorlijk beheer van de trust op de zorgplicht van de trustee als fiduciair en beheerder van de trustgoederen.[245] Het recht op rekening en verantwoording en het recht op inzage van trustdocumenten zijn echter wel nadrukkelijk in de wet neergelegd.[246] Het is naar mijn mening jammer dat de Curaçaose wetgever voor wat betreft het recht op behoorlijk beheer van de trust en de samenhang tussen de rechten die daaronder vallen, geen uitleg heeft gegeven. Een uitgebreide uitleg in de memorie van toelichting zou duidelijkheid scheppen over de wijze waarop het recht op behoorlijk beheer van de trust is opgebouwd. Zodoende kan de (potentiële) begunstigde dit recht op een zo efficiënt mogelijke wijze uitoefenen en weet de trustee precies op welke wijze de begunstigde jegens hem zou kunnen optreden indien hij tekortschiet in zijn trustrechtelijke verplichtingen.

3.9.2.1.1 Het recht op rekening en verantwoording

Art. 3:137 lid 3 BWC regelt het recht op rekening en verantwoording van een (potentiële) begunstigde ter zake van het door de trustee gevoerde beheer.[247] Krachtens deze bepaling is de trustee, tenzij in de trustakte anders is bepaald, verplicht jaarlijks, alsmede bij het einde van de trust, aan de begunstigde rekening en verantwoording af te leggen over zijn bestuur (*lees*: beheer). Daarbij wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van rechtshandelingen waarbij een trustee of protector een tegenstrijdig eigen belang had. Het bevreemdt mij dat de Curaçaose wetgever gekozen heeft om deze bepaling niet van dwingend recht te maken.[248] Door de uitoefening van het recht op rekening en verantwoording afhankelijk te maken van de trustvoorwaarden, wordt geweld gedaan aan de meest fundamentele principes van het trustrecht, met name één van de belangrijkste basisrechten van de (potentiële) begunstigde om efficiënt controle uit te kunnen oefenen op de werkwijze en de handelingen van de trustee. Dit kan de werking van de trust beletten. Daarnaast kan de (potentiële) begunstigde met het recht op rekening en verantwoording toetsen of de trustee al dan niet in strijd handelt met zijn trustrechtelijke verplichtingen en derhalve een 'breach of trust' pleegt oftewel zich schuldig maakt aan onbehoorlijk beheer. Juist het afwijken van fundamentele principes van het trustrecht, behoeft mijns inziens zonder meer motivering. In casu ontbreekt dit helaas in de memorie van toelichting.

245 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 8 en 11.
246 Art. 3:137 lid 3 en art. 3:154 lid 4 BWC.
247 Zie ook: art. 3:127 lid 2 sub c BWC.
248 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

3.9.2.1.2 Het recht op inzage van trustdocumenten
In het Curaçaose recht is het recht op inzage van trustdocumenten opgenomen in art. 3:154 lid 4 BWC. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, is elke (potentiële) begunstigde afzonderlijk bevoegd jaarlijks naar aanleiding van de afgelegde rekening en verantwoording, voor eigen rekening een onderzoek in te stellen, overlegging te verlangen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, zich de tot het trustfonds behorende waarden te doen tonen en de op het trustfonds betrekking hebbende administratie te onderzoeken. In dat kader kan de begunstigde zich bij de uitoefening van deze bevoegdheden doen bijstaan door een deskundige. Hieruit volgt dat deze bepaling van regelend recht is en het recht van de begunstigde op inzage van de trustdocumenten in het Curaçaose trustrecht veel ruimer is dan in het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Een verklaring hiervoor heeft de Curaçaose wetgever in de memorie van toelichting achterwege gelaten.[249] Gezien het feit dat de uitoefening van het recht op inzage nauw samenhangt met het recht op rekening en verantwoording, is de mogelijkheid tot afwijking bij trustakte – zoals ook het geval is bij het recht op rekening en verantwoording en voor dezelfde redenen – geheel in strijd met de fundamentele beginselen van het trustrecht. Voorts lijkt het mij onverstandig om een begunstigde inzage te verlenen in alle trustdocumenten en toegang te geven tot alle gegevens. Dat zou betekenen dat hij ook inzage zou kunnen krijgen in documenten die geen betrekking hebben op zijn belangen in de trust. Teneinde te verzekeren dat de (potentiële) begunstigde zo effectief mogelijk zijn recht kan uitoefenen, dient mijns inziens bij het verzoek van de begunstigde tot inzage per geval te worden bepaald welke trustdocumenten precies de (potentiële) begunstigde kan inzien.[250] Inzage in een trustdocument zou naar mijn mening – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – moeten worden verleend, voor zover de informatie in het trustdocument betrekking heeft op zijn verzoek en noodzakelijk is voor de effectieve uitoefening van zijn recht.

3.9.2.1.3 Het recht op informatie
Een recht dat iedere begunstigde heeft in het Anglo-Amerikaanse trustrecht dat ook onderdeel is van het recht op behoorlijk beheer van de trust, is het recht op informatie ter zake het zijn van een (potentiële) begunstigde van een trust. Een wetsbepaling met betrekking tot het recht op informatie komt in het Curaçaose trustrecht niet voor. Het is derhalve niet bekend of de trustee verplicht is de begunstigde te informeren over het bestaan van de trust tenein-

249 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.
250 Het verlenen van inzage kan onder andere afhangen van het type trust dat is ingesteld, de trustvoorwaarden of de aard van het recht van de begunstigde. Een begunstigde van een 'fixed' trust zal – vanwege zijn concrete aanspraak in de trust – meer informatie nodig hebben dan een potentiële begunstigde van een 'discretionary' trust en zou derhalve inzage verlangen in meer documenten.

de hem in staat te stellen gebruik te maken van zijn verworven rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies. De Curaçaose wetgever heeft evenmin voorzien in het geval dat er gekozen wordt om de begunstigde niet te informeren en de (potentiële) begunstigde in dat geval niet zijn recht van begunstigde kan uitoefenen. De vraag hoe in dergelijke gevallen getoetst dient te worden of de trustee overeenkomstig zijn trustrechtelijke verplichtingen handelt, blijft als gevolg van het ontbreken van een voorziening derhalve ook onbeantwoord.

3.9.2.2 Geen bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust

In het Anglo-Amerikaanse trustrecht hebben (potentiële) begunstigden de bijzondere bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust, zolang zij een onvoorwaardelijk en onaantastbaar recht in het trustfonds hebben, tezamen wilsbekwaam en handelingsbekwaam zijn en zij unaniem een besluit tot ontbinding hebben genomen. Deze regel wordt ook wel als de Saunders v Vautier rule aangeduid. In tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht, heeft Curaçao deze mogelijkheid niet in de wet geïntroduceerd.[251] Het is thans onbekend welke redenen hieraan ten grondslag hebben gelegen. Gelet op de complexiteit van deze bevoegdheid en de inbreuk op de autonomie van insteller in het kader van de trust, is het in mijn ogen een goede keuze van de Curaçaose wetgever geweest om een dergelijke bevoegdheid niet op te nemen.

3.9.2.3 Andere rechten en bevoegdheden[252]

Het Curaçaose trustrecht kent aan de insteller een grote mate van vrijheid toe.[253] Dit brengt met zich mee dat de insteller in de trustakte zelf rechten en bevoegdheden voor de (potentiële) begunstigden kan creëren, mits dat niet in strijd is met de beginselen van het Curaçaose burgerlijk recht.

3.9.2.4 Remedies van de begunstigde bij onbehoorlijk beheer van de trust

Blijkens art. 3:135 lid 1 BWC is de trustee verplicht de trustgoederen in overeenstemming met de wet en de bepalingen van de trustakte te besturen (*lees*: beheren) en zijn bevoegdheden in overeenstemming met de aard van de trustgoederen en met de zorgvuldigheid die uit zijn vertrouwenspositie voort-

251 In afwijking van het Engelse recht heeft het Amerikaanse recht het Saunders v Vautier rule afgeschaft. Zie hierover o.a.: P. Matthews, 'The comparative importance of the rule in Saunders v. Vautier', *Law Quarterly Review* 2006/122, p. 282-287.

252 Zie ook paragraaf 3.4.

253 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 4.

vloeit, uit te oefenen.[254] Hieruit volgt mijns inziens dat zolang de trustee zich gedraagt als een goede trustee betaamt en handelt overeenkomstig de wet en de in de trustakte neergelegde voorwaarden, de begunstigde zijn handelen dient te respecteren.[255] Echter, indien er sprake is van een zogenoemde 'breach of trust', oftewel onbehoorlijk beheer van de trust, is de trustee aansprakelijk, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.[256/257]

Wanneer is er sprake van een 'breach of trust', oftewel onbehoorlijk beheer van de trust? De memorie van toelichting beantwoordt deze vraag niet. Naar mijn mening dient onder 'breach of trust' – evenals in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – te worden verstaan: elk handelen of nalaten van de trustee met betrekking tot de trust dat in strijd is met de verplichtingen voortvloeiend uit het algemeen trustrecht en de in de trustakte neergelegde trustvoorwaarden, ongeacht of dat handelen of nalaten de trust een voordeel of nadeel oplevert.[258/259] Vanwege de diverse strekkingen van het trustverband, kunnen

254 Ingevolge het algemeen trustrecht heeft de trustee een aantal trustrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de trustgoederen en de (potentiële) begunstigden. Men denke hierbij onder andere aan het in acht nemen van trustvoorwaarden (art. 3:135 lid 1 BWC), het handelen ten bate van de (potentiële) begunstigde en niet ten eigen bate (art. 3:135 lid 1 BWC), de zorgplicht ten aanzien van de trustgoederen (art. 3:135 lid 2 BWC), het afgescheiden houden van de trustgoederen van overige vermogen (art. 3:137 lid 1 BWC) en het afleggen van rekening en verantwoording (art. 3:137 lid 3 BWC).

255 Zie ook: art. 3:143 BWC.

256 Art. 3:143 lid 1 BWC.

257 De aansprakelijkheid van trustee door middel van een 'breach of trust' kan via exoneratieclausules in de trustakte worden beperkt, dan wel uitgesloten. De aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of bewuste roekeloosheid kan evenwel noch in de trustakte, noch op enige andere wijze worden beperkt of uitgesloten. Zie in dit kader: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11 en art. 3:143 lid 3 BWC.

258 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 839-840; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 747-748; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 292-293; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 313-314; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 639; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1146.

259 Zie voor de 'breach of trust' in het Anglo-Amerikaanse recht: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 39-001 t/m 46-100; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, hoofdstuk 30; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 530 e.v.; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 747 e.v.; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 312 e.v.; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 639-697; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1146 e.v.; C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p. 413-530; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 238 e.v.; Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 74 e.v.; G. Thomas & A.

'breaches of trust' zich op verschillende wijzen manifesteren en kunnen derhalve oneindig divers zijn. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan frauduleuze handelingen van de trustee en het leveren van een goed uit het trustfonds aan de verkeerde begunstigde, alsmede verkeerde investeringen van de trustgoederen gedaan door de trustee die ten goede komen van de begunstigden. Of er daadwerkelijk sprake is van een 'breach of trust', oftewel onbehoorlijk beheer van de trust, is mijn inziens afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij rekening dient te worden gehouden met het doel en de strekking van de trust.

Wanneer is vastgesteld dat een trustee een 'breach of trust heeft gepleegd, oftewel zich schuldig heeft gemaakt aan onbehoorlijk beheer en ten gevolge hiervan aansprakelijk is, dan heeft de begunstigde een aantal remedies die hij tegen de trustee kan inroepen. Daarnaast kan hij onder omstandigheden ook tegen bepaalde derden die bij een 'breach of trust' zijn betrokken, optreden.

In het onderstaande worden de belangrijkste remedies van een begunstigde tegen een 'breach of trust' kort uiteengezet.

3.9.2.4.1 Belangrijkste remedies die tegen een trustee kunnen worden ingeroepen

a. Vordering tot nakoming

Zoals in het vorenstaande is uiteengezet, kan de trustee aansprakelijk zijn op grond van een 'breach of trust' oftewel onbehoorlijk beheer van de trust. Het kan voorkomen dat een 'breach of trust' door de trustee dreigt te ontstaan, dan wel dat er sprake is van een situatie waarin de gepleegde 'breach of trust' voortduurt. In dergelijke gevallen heeft de (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse recht de mogelijkheid om de nakoming van de trustrechtelijke verbintenissen en het goede beheer van de trustgoederen te vorderen.[260] Om hetzelfde effect te bereiken, zou de (potentiële) begunstigde naar Curaçaos recht in die situaties een vordering tot nakoming ex art. 3:296 BWC kunnen indienen.

b. Vordering tot schadevergoeding

Naast de mogelijkheid tot het vorderen van nakoming, kan iedere (potentiële) begunstigde een beroep doen op schadevergoeding wegens een 'breach of trust'

Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 871 e.v.

260 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 40-010 t/m 40-014; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 842; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 977-1006; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 650 en nr. 653; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1208-1212.

door de trustee, indien de trust als gevolg van de 'breach of trust' is benadeeld.[261] Het voorgaande leidt tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de trustee. De vergoeding van deze vermogensschade heeft in het Anglo-Amerikaanse trustrecht in gevallen waarin een 'breach of trust' is gepleegd twee functies. Enerzijds wordt de schadevergoeding toegekend teneinde de trust (*lees*: het trustfonds) te herstellen. In dat geval vindt de toekenning plaats in natura. Men denke hierbij aan de situatie waarin de trustee een goed aanschaft dat soortgelijk, gelijkwaardig of identiek is aan het oorspronkelijk goed. Anderzijds geschiedt de toekenning van de schadevergoeding ter compensatie van het geleden verlies c.q. nadeel, dan wel gederfde winst. In die situatie dient de schadevergoeding door de trustee te worden voldaan in geld.

In het Curaçaose trustrecht kan de begunstigde een vordering tot schadevergoeding instellen tegen de trustee.[262] In de trustakte kan hier evenwel van worden afgeweken.[263] De keuze van de Curaçaose wetgever om uitdrukkelijk in de wet op te nemen dat de insteller van de trust ten aanzien van het recht tot het instellen van schadevergoeding anders mag bepalen, is mij een raadsel. Het bieden van een dergelijke mogelijkheid aan de insteller, staat zonder meer – op grond van dezelfde redenen die besproken zijn bij het recht tot rekening en verantwoording en het recht op inzage van trustdocumenten – op gespannen voet met de fundamentele principes van het trustrecht. Te meer, omdat een trust veelal ten behoeve van een (potentiële) begunstigde in het leven wordt geroepen en de (potentiële) begunstigde in beginsel de persoon is die de trust op doeltreffende wijze moet kunnen handhaven. Voorts laat de Curaçaose wetgever zich er niet over uit op welke grond de vordering tot schadevergoeding moet worden gebaseerd. Hoewel dat niet met zoveel woorden is toegelicht, lijkt de Curaçaose wetgever met de invoering van 3:143 lid 1 BWC een nieuwe aansprakelijkheidsgrond – de aansprakelijkheid op grond van een 'breach of trust' oftewel onbehoorlijk beheer van de trust – in de wet te introduceren. De memorie van toelichting geeft echter weinig uitleg over

261 Zie uitgebreid over de functie, de inhoud en omvang van de schadevergoeding bij een 'breach of trust' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 41-010 t/m 41-070; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 843-850; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 804-852; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 541-567; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 654-658; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 313-334; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1146-1185; Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 75-78; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 945-971. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 646.

262 Art. 3:143 lid 1 en 4 BWC.

263 Art. 3:143 lid 1 en 4 BWC.

de gevolgen van de toepassing van deze bepaling.[264] Het lijdt mijns inziens echter geen twijfel dat met betrekking tot de inhoud en omvang van deze wettelijke verplichting tot schadevergoeding, de bepalingen van titel 6.1.10 BWC (art. 6:95 BWC e.v.) van toepassing zijn. Dientengevolge zal een vordering tot schadevergoeding ten aanzien van de vermogensschade die ontstaat als gevolg van een 'breach of trust', toegekend kunnen worden in de vorm van geld of in natura.[265]

c. Vervanging van de trustee die een 'breach of trust' pleegt

Wil de (potentiële) begunstigde dat zijn beroep op schadevergoeding een kans van slagen heeft, dan moet hij aantonen dat de trust op één of andere wijze schade heeft geleden. De situatie kan zich echter voordoen waarbij wel sprake is van een 'breach of trust', doch de trust heeft niet per se schade geleden als gevolg van de 'breach'. In dat geval zal er daardoor geen schadevergoeding kunnen worden gevorderd. In het Anglo-Amerikaanse trustrecht kan de beneficiary in zulke 'breach of trust' situaties wel een verzoek tot het vervangen[266] van de trustee indienen.[267] Daarnaast kunnen beneficiaries die tezamen wils- en handelingsbekwaam zijn, tezamen een besluit tot ontslag en benoeming nemen zonder rechterlijke tussenkomst.[268] In het Curaçaose recht verleent de wet aan de begunstigde – indien de trustakte niet anders bepaalt – een algemene bevoegdheid tot indiening van een verzoek ter zake het ontslag van trustees bij de rechter.[269] Een verzoek tot ontslag van een trust in geval van een 'breach of trust' valt daar ongetwijfeld onder. Ingeval van benoeming van nieuwe trustees kan de begunstigde op grond van de wet slechts een verzoek tot benoeming bij de rechter indienen, indien ondanks de voorziening ter zake in de trustakte, een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken.[270] Gelet op het regelend karakter van het Curaçaose trustrecht, zou de trustakte in dit soort specifieke gevallen – ter versterking van het recht van de begunstigde – nader kunnen voorzien.

---

264 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11.

265 Zie ook: HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42, m.nt. G. J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).

266 Onder vervanging wordt in casu zowel het ontslag van een trustee, als het ontslag van een trustee in combinatie met de benoeming van een nieuwe trustee verstaan.

267 De beneficiary zal wel moeten aantonen dat het handelen of nalaten van de trustee van dien aard is dat het beheer van het trustfonds in gevaar is, dat de trustee in de toekomst niet te goeder trouw zal handelen of dat de trustee op één of andere wijze (handelings)onbevoegd is om zijn trustrechtelijke verplichtingen naar behoren uit te oefenen. Zie hiervoor: P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1038-1039. Zie ook: C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p.p. 415.

268 Zie ook paragraaf 2.4.9.

269 Art. 3:144 lid 4 BWC.

270 Art. 3:144 lid 7 BWC.

Hier zij overigens expliciet opgemerkt dat de vervanging van een trustee wegens een 'breach of trust', waarbij de trustee de trust schade heeft berokkend, evenzeer tot de mogelijkheden van de (potentiële) begunstigde behoort.

d. Goederenrechtelijke opvorderingsactie en wettelijk zekerheidsrecht

Eén van de belangrijkste verplichtingen van de trustee – naast het handelen in het belang van de (potentiële) begunstigde – behelst de verplichting om de trustgoederen afgescheiden te houden van andere goederen die niet tot het desbetreffende trustfonds behoren. Het is echter denkbaar dat de trustee een 'breach of trust' pleegt door de trustgoederen te verduisteren of deze met niet-trustgoederen samen te voegen, waardoor dat laatste wijzigingen kan teweegbrengen in de eigendomsverhoudingen ten gevolge van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging. Teneinde dit ongerechtvaardigde handelen van de trustee ten koste van de trust recht te trekken, heeft een (potentiële) begunstigde behalve de hierboven besproken remedies, in het Anglo-Amerikaanse trustrecht tevens goederenrechtelijke remedies voorhanden die hij kan inzetten tegen de trustee ingeval deze goederen in zijn bezit heeft. Deze goederenrechtelijke remedies bestaan – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – uit een goederenrechtelijke opvorderingsactie en/of een wettelijk zekerheidsrecht, de zogenoemde 'equitable lien'.[271/272] Inroeping hiervan is mogelijk ten aanzien van oorspronkelijk onder trustverband gestelde goederen, alsmede goederen die geacht worden in de plaats van de

271 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 44-001 t/m 44-118; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 569 e.v.; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 861-868; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 855 en p. 857-923; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1188-1208; C. Mitchell, P. Mitchell & S. Watterson, *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016, nrs. 38-48 t/m 38-50. Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 78-79; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 942 en p. 979-1027; R. Chambers, 'Liability', in: P. Birks & A. Pretto (red), *Breach of Trust*, London: Hart Publishing 2002, p. 26-32; E. Bant, 'Trusts, powers and liens: An exercise in ground clearing', *Journal of Equity* 2009/3, p. 286-311: F.R. Burns, 'The Equitable lien Rediscovered: A remedy for the 21st Century', *University of New South Wales Law Journal* 2002/25, p. 1-32.

272 Naast de goederenrechtelijke opvorderingsactie en het wettelijke zekerheidsrecht heeft de (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse recht in dit kader nog een derde remedie, de zogenoemde overgang van rechten bij wijze van subrogatie ('subrogation'). Deze remedie wordt vanwege haar complexiteit in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Zie uitgebreid hierover: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 867-868; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 44-115; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 612 e.v.; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 906-912.

voornoemde goederen te zijn getreden.[273] Wil de (potentiële) beneficiary een goed opeisen of zijn wettelijk zekerheidsrecht doen gelden, dan dient hij allereerst te bewijzen dat hij als (potentiële) beneficiary een belang heeft in de trust en dat (een deel van) het desbetreffende goed of de waarde ervan, voortkomt uit het trustfonds.[274/275] Vervolgens moet de beneficiary aantonen waar het desbetreffende trustgoed zich bevindt en of dit nog in het bezit is van de trustee na een 'breach of trust'. Het vaststellen van het voorgaande geschiedt – afhankelijk of het een oorspronkelijk of gesubstitueerd goed betreft – door middel van het proces van 'following' c.q. 'tracing'.[276] 'Following' is het proces waarbij oorspronkelijke trustgoederen door het hierop rustende trustverband van hand tot hand worden gevolgd, zodat deze uiteindelijk kunnen worden gelokaliseerd. Daarentegen is van 'tracing' sprake wanneer als gevolg van het traceringsproces een nieuw goed is geïdentificeerd dat in de plaats is getreden van het oorspronkelijke trustgoed en daarmee vanwege het trustverband aangetoond kan worden dat substitutie heeft plaatsgevonden. Pas op het tijdstip dat een goed aan de hand van het proces van 'following' c.q. 'tracing' is gelokaliseerd c.q. geïdentificeerd en is vast komen te staan dat de trustee het bezit van het desbetreffende trustgoed heeft behouden, kan worden bepaald welke goederenrechtelijke remedie – terugvordering of wettelijk zekerheidsrecht – de (potentiële) beneficiary daadwerkelijk kan inroepen.[277] De aard van de goederenrechtelijke remedie hangt derhalve af van de omstandigheden van het geval en de gevolgen van de 'breach of trust'. Zo is de (potentiële) beneficiary bevoegd om het oorspronkelijke of gesubstitueerde goed terug te vorderen, indien de trustee het goed nog in zijn bezit heeft.[278] Dit kan geschieden ongeacht of de beschikkingsbevoegdheid van de trustee al dan niet op één of andere wijze is beperkt. Gecompliceerder is de situatie waarin de trustee een (nieuw) goed in zijn bezit heeft dat is ontstaan als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging, dan wel een goed heeft verkregen door financiering met goederen die afkomstig zijn uit het trustfonds. Men denke in casu bijvoorbeeld aan de situatie waarbij de trustee met geld uit de trust en geld uit zijn eigen vermogen een nieuw

273 Immers, zaaksvervanging geschiedt ongeacht of er al dan niet sprake is van een 'breach of trust'. Het trustverband dat op de trustgoederen rust brengt met zich dat de beneficiary op grond van zaaksvervanging dezelfde rechten heeft ten aanzien van de gesubstitueerde trustgoederen die hij ook had ten aanzien van de oorspronkelijke trustgoederen.

274 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 545.

275 In het Anglo-Amerikaanse recht staat dit bekend als de 'proprietary base'oftewel de goederenrechtelijke basis.

276 Voor een uitvoerige bespreking hiervan zie: L.D. Smith, *The law of tracing*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 67 e.v. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 693-697.

277 Vaak worden de processen van 'following' en 'tracing' in de praktijk gecombineerd.

278 In casu impliceert dit dat het desbetreffende goed terugkeert naar de trust. De terugvordering van de trustgoederen in geval van een 'breach of trust' heeft derhalve goederenrechtelijke werking.

huis koopt. In dat geval heeft de (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse trustrecht twee goederenrechtelijke remedies tot zijn beschikking. Hij kan enerzijds opteren om – ter verkrijging van mede-eigendom – een vordering tot terughalen van een deel van de eigendom in te dienen. Anderzijds heeft hij de mogelijkheid om gebruik te maken van een zogenoemde 'equitable lien', een wettelijk zekerheidsrecht op het desbetreffende goed strekkende om de waarde van het goed dat tot het trustfonds heeft behoord, in geld bij voorrang te verhalen boven alle andere schuldeisers van de trustee.[279] Een enkele keer komt het voor dat de goederenrechtelijke remedies de (potentiële) beneficiary geen soelaas bieden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer na het proces van 'following' c.q. 'tracing' blijkt dat het goed is tenietgegaan of dat het op één of andere wijze is verloren gegaan.[280] In die specifieke gevallen is de (potentiële) beneficiary aangewezen op de verbintenisrechtelijke remedies.

Overigens wil ik benadrukken dat – anders dan de continentale jurist zal vermoeden – de processen van 'following' en 'tracing' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht los staan van het inroepen van de goederenrechtelijke remedies door de beneficiary, welke aan hem kunnen toekomen.[281] 'Following' en 'tracing' zien op de beantwoording van de vraag of de gedaagde al dan niet het bezit van een goed heeft behouden, terwijl het inroepen van de remedies

279 Voor een uitvoerige bespreking over de 'equitable lien' zie de in voetnoot 271 aangehaalde literatuur.

280 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 868-869.

281 *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, p. 127-128: "The process of ascertaining what happened to the plaintiffs' money involves both tracing and following. These are both exercises in locating assets which are or may be taken to represent an asset belonging to the plaintiffs and to which they assert ownership. The processes of following and tracing are, however, distinct. Following is the process of following the same asset as it moves from hand to hand. Tracing is the process of identifying a new asset as the substitute for the old. Where one asset is exchanged for another, a claimant can elect whether to follow the original asset into the hands of the new owner or to trace its value into the new asset in the hands of the same owner. In practice his choice is often dictated by the circumstances. […] Tracing is thus neither a claim nor a remedy. It is merely the process by which a claimant demonstrates what has happened to his property, identifies its proceeds and the persons who have handled or received them, and justifies his claim that the proceeds can properly be regarded as representing his property. Tracing is also distinct from claiming. It identifies the traceable proceeds of the claimant's property. It enables the claimant to substitute the traceable proceeds for the original asset as the subject matter of his claim. But it does not affect or establish his claim."
Zie ook L.D. Smith, *The law of tracing*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 13, die het volgende vermeldt: "Equity lawyers habitually use the expressions 'the tracing claim' and 'the tracing remedy' to describe the proprietary claim and the proprietary remedy which equity makes available to the beneficial owner who seeks to recover his property *in specie* from those into whose hands it has come. Tracing properly so-called, however, is neither a claim nor a remedy but a process. […] The distinction between tracing and claiming is obscured when tracing is referred to as a 'right' or a 'remedy'. When the exercise of tracing is properly distinguished from the making of claims, it is clear that the exercise of tracing is neither right or remedy.".

betrekking heeft op het doen gelden van de rechten van de eiser in de situatie waarin de gedaagde nog een goed in zijn bezit heeft.

Ingevolge de Curaçaose trustwet kunnen, tenzij in de trustakte anders is bepaald en onverminderd de bescherming van derden, de tot het trustfonds behorende goederen door de begunstigde worden teruggevorderd in geval van een 'breach of trust', met dien verstande dat de goederen zo spoedig mogelijk worden afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.[282] Terugvordering is in beginsel eveneens mogelijk voor goederen die geacht worden in de plaats te zijn getreden van de oorspronkelijke trustgoederen.[283] Hiermee heeft het Curaçaose trustrecht getracht een gelijksoortig effect als in het Anglo-Amerikaans trustrecht te bereiken. Het is echter niet geheel duidelijk of de (potentiële) begunstigde deze bevoegdheid zou kunnen uitoefenen indien de trustee trustgoederen verduistert of sprake is van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging ten gevolge van het feit dat de trustee de trustgoederen niet heeft afgescheiden van andere goederen, waaronder inbegrepen goederen die tot zijn eigen vermogen behoren. De memorie van toelichting spreekt louter van terugvorderingen in het kader van onbevoegde vervreemdingen, bezwaringen en ingebruikgevingen ter zake 'degene die bewust met de trustee handelt'.[284] Voorts ontbreekt een wettelijk zekerheidsrecht dat vergelijkbaar is met dat van het Anglo-Amerikaanse recht. Een toelichting op de keuze van de wetgever om dit niet in de wet op te nemen, ontbreekt. Het is mijns inziens spijtig dat de Curaçaose wetgever met de bovengeschetste situaties, geen rekening heeft gehouden. De wetgever zal naar mijn mening in elk geval met het oog op de rechtszekerheid en ter verzekering van de goede werking van de trust, deze lacune in de Curaçaose trustwetgeving moeten opvullen middels het concipiëren van een nieuwe regeling hiertoe. Zodoende strekt de mogelijkheid tot inroeping van goederenrechtelijke remedies door de (potentiële) begunstigde zich eveneens uit tot dit soort gevallen.

3.9.2.4.2 Belangrijkste remedies die tegen derden kunnen worden ingeroepen

a. Vordering tot schadevergoeding

Heeft de trustee een 'breach of trust' gepleegd, dan is hij daarvoor persoonlijk aansprakelijk. De trustee is echter niet de enige persoon die persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor een 'breach of trust'. Ook derden die betrokken zijn geweest bij een 'breach of trust' die door de trustee is gepleegd, kunnen schadeplichtig zijn indien kan worden bewezen dat zij deze schending

282 Art. 3:156 lid 2 jo. lid 3 BWC.

283 Art. 3:155 lid 3 jo. art. 3: 156 lid 4 BWC.

284 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13. Bovendien kan enkel een mede-trustee op grond van het bepaalde in art. 3:156 lid 1 BWC vorderen dat de trustee die ten onrechte trustgoederen niet afgescheiden heeft gehouden, de trustgoederen alsnog afscheidt en die aan hem afstaat.

hebben gefaciliteerd en de trust als gevolg hiervan schade heeft geleden. De (potentiële) beneficiary kan in het Anglo-Amerikaanse trustrecht in dat geval een vordering tot schadevergoeding tegen de derde instellen, hetzij op basis van onrechtmatige verkrijging van een trustgoed, oftewel 'knowing or unconscionable receipt', hetzij vanwege onrechtmatige bijstandsverlening, ook wel aangeduid als 'dishonest assistance'.[285] De eerstgenoemde categorie behelst aansprakelijkheid van derden in situaties waarin een derde (het bezit van) goederen die behoorden tot het trustfonds heeft verkregen, terwijl hij wist of behoorde te weten dat de trustee over deze goederen – in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen – heeft beschikt. Voor de vestiging van aansprakelijkheid op deze grond is vereist dat de derde (het bezit van) het desbetreffende trustgoed op enig moment heeft verkregen.[286] Van de laatstgenoemde categorie kan worden gesproken indien de derde wist of behoorde te weten dat hij op één of andere wijze – zonder trustgoederen te hebben verkregen – heeft meegewerkt aan een trustrechtelijke schending door de trustee. In beide categorieën gaat het om schadeveroorzakend handelen van een derde, waarbij deze wist of behoorde te weten dat zijn onrechtmatig handelen de gerechtvaardigde belangen van de (potentiële) beneficiary in het trustfonds, kon schaden. Aansprakelijkheid op basis van de genoemde categorieën betreft een secundaire aansprakelijkheid: de trustee is degene die primair aansprakelijk is voor de 'breach of trust'. Pas op het moment dat de vestiging van aansprakelijkheid op de trustee niet tot de mogelijkheden behoort of de schade niet geheel op de trustee kan worden verhaald, mag de (potentiële) beneficiary overgaan tot de aansprakelijkstelling van de derde.

Bijzonder, doch misleideind is het adagium 'liable to account as a constructive trustee' dat in het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt gebezigd in verband met de vestiging van de aansprakelijkheid van een derde.[287] Voor de conti-

285 Zie uitgebreid hierover: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 42-022 t/m 42-100 en nr. 42-014 t/m 43-062; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 624-662; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 869-880; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 924-972; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 393-403; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 641en nr. 644; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1274-1313; Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 89-92; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 877-924.

286 Het is in casu irrelevant of het desbetreffende goed nog voorhanden is.

287 Zie in dit kader paragraaf 2.4.3. Zie ook: P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1271-1274; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 871-872. Zie ook: C. Mitchell, P. Mitchell & S. Watterson, *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016, nrs. 38-19 t/m 38-23; G.L. Gretton, 'Constructive Trusts and Insolvency', in: J.M. Milo & J.M. Smits, *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 29-31.

nentale jurist kan dit wellicht veel vragen oproepen, gelet op het feit dat er in dit kader van een 'constructive trustee' wordt gesproken en de lijn wordt doorgetrokken waarbij verondersteld wordt dat een 'constructive trust' is ontstaan. Deze veronderstelling is echter onjuist. Het adagium 'liable to account as a constructive trustee' wordt uitsluitend gehanteerd teneinde de vestiging van aansprakelijkheid van een derde wegens 'breach of trust' uit te drukken. De derde is in dat geval persoonlijk aansprakelijk als ware hij een trustee van een 'express' trust. Dit duidt derhalve niet op het daadwerkelijk ontstaan van een trust waarvan een derde 'constructive' trustee is, doch het ziet op de vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid van de derde, waarbij de trust wordt gecompenseerd voor het geleden verlies, dan wel de gederfde winst.[288]

De Curaçaose memorie van toelichting behandelt de persoonlijke aansprakelijkheid van derden in gevallen van 'breach of trust' door de trustee niet. Mijns inziens ligt het voor de hand dat een (potentiële) begunstigde bij betrokkenheid van derden bij 'breaches of trust' een vordering tegen een derde kan instellen tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BWC.

b. Goederenrechtelijke opvorderingsactie en wettelijk zekerheidsrecht

Een (potentiële) begunstigde heeft – zoals reeds in het bovenstaande uiteen is gezet – goederenrechtelijke remedies die hij kan inroepen tegen de trustee die een 'breach of trust' heeft gepleegd. Dezelfde goederenrechtelijke remedies heeft een (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse trustrecht tot zijn beschikking, wanneer een derde-verkrijger trustgoederen die in 'breach of trust' door de trustee aan hem zijn overgedragen, *om niet* c.q. niet te goeder trouw heeft verkregen.[289] Aan de (potentiële) beneficiary komt aldus in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – of een goederenrechtelijke opvorderingsactie, en/of een wettelijk zekerheidsrecht toe.[290]

---

288 In *Selangor United Rubber Estates Ltd. v Cradock (No. 3)* [1968] WLR 1555, p. 1582 heeft de rechter over de persoonlijke aansprakelijkheid van derden als 'constructive trustees' het volgende overwogen: "It seems to me imperative to grasp and keep constantly in mind that the second category of constructive trusteeship [personal liability of third parties – toevoeging KRF] […] is nothing more than a formula for equitable relief. The court of equity says that the defendant shall be liable in equity, as though he were a trustee. He is made liable in equity as trustee by the imposition or construction of the court of equity. This is done because in accordance with equitable principles applied by the court of equity it is equitable that he should be held liable as though he were a trustee.".

289 Aan de (potentiële) beneficiary zijn de goederenrechtelijke remedies eveneens voorhanden, indien derde-verkrijger goederen in 'breach of trust' heeft verkregen en vervolgens bij derde-verkrijger wijzigingen in de eigendomsverhoudingen hebben plaatsgevonden als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging.

290 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 330-347; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 291-310; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1320-1344. Vgl. ook: Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 79-89. Zie ook: L. Tucker, N. Le Poidevin

Zowel de opvordering van trustgoederen als het doen gelden van het wettelijke zekerheidsrecht geschiedt op dezelfde wijze zoals reeds is beschreven bij de inroeping van beide remedies tegen de trustee. Dit impliceert dat de (potentiële) beneficiary aan moet tonen dat hij een belang heeft in de trust en dat het goed dat aan de derde-verkrijger is overgedragen, tot het trustfonds heeft behoord. Alvorens te bepalen welke goederenrechtelijke remedie de (potentiële) beneficiary kan aanwenden om het trustfonds te herstellen, dient aan de hand van het proces van 'following', dan wel 'tracing' te worden aangetoond waar, en of het desbetreffende (gesubstitueerde) goed al dan niet in het bezit is van de derde-verkrijger. Staat – op basis van de omstandigheden van het geval – de opvordering van de desbetreffende goederen of het wettelijke zekerheidsrecht de (potentiële) beneficiary ten dienste, dan is inroeping – behoudens derdenbescherming – mogelijk ongeacht of de beschikkingsbevoegdheid van de trustee al dan niet op één of andere wijze is beperkt. Van derdenbescherming is sprake indien de derde-verkrijger het desbetreffende (gesubstitueerde) trustgoed te goeder trouw en *anders dan om niet* heeft verkregen.[291] De derde-verkrijger die te goeder trouw, doch *om niet* heeft verkregen wordt niet beschermd. Geniet de derde-verkrijger bescherming, dan kan het (gesubstitueerde) trustgoed niet op worden gevorderd, dan wel bezwaard worden met een wettelijk zekerheidsrecht. De derde-verkrijger verkrijgt het goed derhalve vrij van trustverband.

Ook in het kader van de opvorderingsactie wordt de terminologie van 'constructive trust' veelvuldig gebezigd. In continentale rechtssystemen gaat de continentale jurist naar ik meen – vanwege de taalkundige interpretatie van Anglo-Amerikaanse leerstukken door continentale juristen en de bijzondere wijze van uitleg van Anglo-Amerikaanse juristen – er ten onrechte, doch niet onbegrijpelijk – van uit dat bij een trustrechtelijke schending door de trustee een echte trust in het leven wordt geroepen. De termen 'constructive trust' en 'constructive trustee' verwijzen in deze specifieke context naar de inroeping van de goederenrechtelijke opvorderingsactie als remedie en de zorgplicht van de derde-verkrijger niet te goeder trouw c.q. *om niet*. Is vastgesteld dat de derde-verkrijger geen derdenbescherming geniet en de (potentiële) beneficiary (gesubstitueerde) trustgoederen kan opvorderen, dan heeft de derde-verkrijger – als 'constructive trustee' – een zorgplicht ten aanzien van het (gesubstitueerd) trustgoed dat hij in zijn bezit heeft, totdat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot opvordering en het goed terugkeert naar de trust. Van echte trustrechtelijke verplichtingen en bevoegdheden zoals een 'express' trustee heeft, is evenwel geen sprake.

Voor wat betreft goederenrechtelijke remedies van de (potentiële) begunstigde in het Curaçaose trustrecht heeft de Curaçaose wetgever een andere benade-

---

& J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 44-119 t/m 44-143.

291 Het Anglo-Amerikaanse recht spreekt van 'equity's darling', oftewel 'the bonafide purchaser for value without notice'.

ring gekozen ten opzichte van het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Het lijkt erop dat de Curaçaose wetgever logischerwijs een systeem in het leven heeft willen roepen, waarbij een goederenrechtelijke remedie voor de (potentiële) begunstigde wordt gecreëerd die een gelijksoortig effect heeft als in het Anglo-Amerikaanse trustrecht, doch wel binnen het Curaçaos goederenrechtelijk stelsel past. Desalniettemin is naar huidig Curaçaos recht – als gevolg van de wetssystematiek en het gebrek aan verduidelijking van de voornoemde materie in de memorie van toelichting – niet altijd duidelijk in hoeverre en op welke wijze de (potentiële) begunstigde van de voor hem beschikbare goederenrechtelijke remedies gebruik kan maken en wat de consequenties hiervan zijn. Teneinde toch duidelijkheid hieromtrent te scheppen, zal in het navolgende worden getracht de goederenrechtelijke remedies in een samenhangend geheel uiteen te zetten.

Wanneer een trustee naar Curaçaos recht in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen trustgoederen aan een derde heeft vervreemd, bezwaard of ingebruikgegeven, is het antwoord op de vraag of de (potentiële) begunstigde via goederenrechtelijke remedies kan optreden tegen een derde, afhankelijk van de volgende factoren:

- de beschikkings(on)bevoegdheid van de trustee;
- de goede trouw van de derde en de daarbij behorende derdenbescherming; en
- de verkrijging *om niet*, dan wel *anders dan om niet*.[292/293]

In het onderstaande zal kort aan de hand van deze factoren het Curaçaose systeem worden uiteengezet, met dien verstande dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin de beschikkingsbevoegdheid van de trustee in de trustakte wordt beperkt en het geval waarin de trustee volledig bevoegd is beschikkingshandelingen te verrichten.[294]

292 Vgl. ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

293 In het Anglo-Amerikaanse recht spelen enkel de laatste twee factoren een rol bij de inroeping van goederenrechtelijke remedies.

294 Art. 3:140 lid 1 en art. 3:139 lid 4 BWC; Vgl. R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 88-91.

I. De beschikkingsbevoegdheid van de trustee wordt in de trustakte beperkt

1. Derde-verkrijger is niet te goeder trouw en verkrijgt anders dan om niet

Op het moment dat de trustee met een derde handelt, dient hij zijn hoedanigheid, behoudens een aantal uitzonderingen[295], aan de derde kenbaar te maken.[296] Is de derde bekend met de hoedanigheid van de trustee en verkrijgt hij *anders dan om niet*, dan wordt de derde door de bekendheid met het trustverband geacht de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee te kennen, indien deze is ingeschreven in het handelsregister c.q. de openbare registers.[297/298] Wanneer de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen beschikkingshandelingen verricht, terwijl hij beschikkingsonbevoegd is, vindt er geen geldige eigendomsoverdracht (*lees ook*: vestiging van een beperkt recht) plaats.[299] Dientengevolge wordt de derde-verkrijger die niet te goeder trouw is en *anders dan om niet* heeft verkregen niet beschermd tegen een dergelijke ongeldige overdracht.[300] In een dergelijk geval is het trustverband op het desbetreffende goed blijven rusten en komt aan de (potentiële) begunstigde naar Curaçaos recht – tenzij in de trustakte anders is bepaald – een goederenrechtelijke opvorderingsactie toe. De (potentiële) begunstigde is dan bevoegd om de tot het trustfonds behorende goederen die zich onder de derde bevinden terug te vorderen in geval van een 'breach of trust', met dien verstande dat de goederen zo spoedig mogelijk worden afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.[301] Onder 'de tot de trust behorende goederen' wordt in beginsel tevens verstaan de goederen die geacht moeten worden in de plaats van de oorspronkelijke trustgoederen te treden.[302]

Ik moge voorts wijzen op het feit dat – hoewel de memorie van toelichting hierover zwijgt – een vierde-verkrijger die te goeder trouw en anders dan om

295 Een trustee hoeft krachtens het bepaalde in art. 3:136 lid 3, 1e volzin BWC zijn hoedanigheid niet kenbaar te maken indien dit in de trustakte is bepaald of zulks van de trustee naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevergd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is. In de memorie van toelichting wordt echter van de laatstgenoemde situaties geen enkel voorbeeld of toelichting gegeven. De wetstoepasser heeft derhalve weinige houvast bij de interpretatie en toepassing van deze bepaling. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 10.

296 Art. 3:136 lid 3, 1e volzin BWC.

297 Art. 3:140 lid 4 en 5 BWC jo. art. 3:17 lid sub a BWC.

298 Een uitzondering hierop vormt art. 3:140 lid 4, slot BWC. Indien de beschikkingsonbevoegdheid zo ongebruikelijk is dat de verkrijger haar daarin niet behoefde te verwachten, is de verkrijger desondanks te goeder trouw.

299 Er wordt aldus niet aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BWC, dan wel art. 3:84 jo. 3:98 BWC voldaan.

300 Art. 3:140 lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 10 en 13.

301 Art. 3:156 lid 2 en 3 BWC.

302 Art. 3:155 lid 3 BWC.

niet heeft verkregen van een derde-verkrijger die niet te goeder trouw is, thans in het Curaçaose trustrecht niet wordt beschermd tegen een ongeldige eigendomsoverdracht ex art. 3:88 lid 1 BWC. Deze wetsbepaling bepaalt per slot van rekening dat voor een beroep op derdenbescherming de onbevoegdheid die voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, niet het gevolg was van de onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. De Curaçaose wetgever heeft om hem moverende redenen de derdenbescherming voor de voornoemde situaties helaas niet verruimd. In paragraaf 3.4.10 wordt hiervoor een oplossing aangedragen.

2. Derde-verkrijger is te goeder trouw en verkrijgt anders dan om niet

Zoals in de voorgaande alinea reeds is besproken, dient de trustee in beginsel zijn hoedanigheid aan een derde kenbaar te maken. Kent de derde de hoedanigheid van de trustee niet en verkrijgt hij *anders dan om niet*, dan kan het zijn dat de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee niet in het handelsregister c.q. de openbare registers is ingeschreven. Wanneer de trustee zijn trustrechtelijke verplichtingen schendt, terwijl de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee niet in het handelsregister c.q. de openbare registers is ingeschreven, dan wordt de derde-verkrijger ondanks een ongeldige eigendomsoverdracht beschermd.[303] Dientengevolge heeft de derde het desbetreffende trustgoed verkregen vrij van trustverband. De (potentiële) begunstigde verliest daardoor het recht op terugvordering van het desbetreffende goed. De (potentiële) begunstigde kan in dat geval trachten de tegenprestatie die door de trustee is ontvangen en die in de plaats van het oorspronkelijke trustgoed is getreden, van hem terug te vorderen.[304]

In tegenstelling tot het bovengemelde hoeft de trustee – indien in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevergd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is – zijn hoedanigheid niet kenbaar te maken.[305] Heeft de derde geen wetenschap van de hoedanigheid van de trustee en verkrijgt hij *anders dan om niet*, dan leidt een schending door de trustee van zijn trustrechtelijke verplichtingen tot dezelfde gevolgen als de situatie waarin de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee niet in het handelsregister c.q. de openbare registers is ingeschreven. Dit impliceert aldus dat de derde verkrijger het desbetreffende trustgoed vrij van trustverband verkrijgt en dat de (potentiële) begunstigde daardoor geen gebruik van zijn goederenrechtelijke opvorderingsactie kan maken.

303 Art. 3:140 lid 4 en 5 jo. lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13. Ik ga ervan uit dat de derde niet uit andere hoofde bekend is met de hoedanigheid van de trustee.

304 Art. 3:155 lid 3 BWC.

305 Art. 3:136 lid 3, 1e volzin BWC.

3. Derde-verkrijger is te goeder trouw en verkrijgt om niet

In het vorenstaande is reeds gemeld dat de trustee niet zijn hoedanigheid bekend hoeft te maken.[306] Maakt de trustee zijn hoedanigheid niet kenbaar aan de derde, terwijl de derde *om niet* verkrijgt, dan kan de beschikkingsonbevoegdheid in het geval van een 'breach of trust' tóch aan de derde-verkrijger worden tegengeworpen, behoudens een wettelijke uitzondering.[307] Onder deze omstandigheden kan er niet gesproken worden van een geldige eigendomsoverdracht en wordt de derde-verkrijger als gevolg hiervan niet beschermd.[308] Dit leidt ertoe dat het trustverband op het desbetreffende goed blijft rusten. De (potentiële) begunstigde beschikt derhalve – zoals ook het geval is bij de situatie waarin de derde-verkrijger niet te goeder trouw is en *anders dan om niet* verkrijgt – over een goederenrechtelijke opvorderingsactie die hij kan aanwenden om tegen de derde op te treden, tenzij in de trustakte anders is bepaald.

II. De beschikkingsbevoegdheid van de trustee wordt in de trustakte niet beperkt

Zolang de beschikkingsbevoegdheid van de trustee niet impliciet, dan wel expliciet in de trustakte wordt beperkt, is de trustee naar Curaçaos recht volledig bevoegd om beschikkingshandelingen te verrichten, ongeacht of de derde op het moment van de beschikkingshandeling bekend was met de hoedanigheid van de trustee.[309]

Wanneer de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen een beschikkingshandeling verricht, heeft de schending in beginsel géén goederenrechtelijk effect, doch slechts obligatoire gevolgen.[310] Dit komt doordat het handelen in het belang van de (potentiële) begunstigde geen aanvullend vereiste vormt voor de eigendomsoverdracht (*lees ook*: vestiging van een beperkt recht) ex art. 3:84 lid 1 BWC.[311] Is het voorgaande het geval, dan kunnen de verbintenisrechtelijke remedies voor de (potentiële) begunstigde uitkomst bieden.

306 Art. 3:136 lid 3, 1e volzin BWC.

307 De beschikkingsonbevoegdheid wordt niet tegengeworpen aan de derde die te goeder trouw en om niet heeft verkregen, voor zover deze aantoont dat hij ten tijde dat de beschikkingsonbevoegdheid hem bekend werd, door de verkrijging niet gebaat was. Het voorgaande is woordelijk overgenomen. Zie hiervoor: art. 3:140 lid 3 BWC.

308 Art. 3:140 lid 2 jo. lid 3 BWC.

309 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

310 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 8 en p. 13.

311 Zie ook: R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/ Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 89-91.

III. Natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging trustgoederen met goederen derde-verkrijger

Zoals in het vorenstaande reeds is aangestipt, kan de (potentiële) begunstigde – wanneer de derde-verkrijger niet te goeder trouw is en *anders dan om niet* heeft verkregen, dan wel de derde-verkrijger te goeder trouw is, doch *om niet* heeft verkregen, bij de beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee in de trustakte – in beginsel door middel van een goederenrechtelijke opvorderingsactie optreden tegen de derde ter handhaving van de trust. Worden oorspronkelijke of gesubstitueerde goederen opgevorderd, dan kan dit goederenrechtelijk op een relatief eenvoudige wijze geschieden. Complexer is de situatie waarin trustgoederen en goederen van de derde-verkrijger worden samengevoegd en er wijzigingen in de eigendomsverhoudingen plaatsvinden als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging. De Curaçaose wetgever heeft voor dit soort situaties geen lex specialis in de wet opgenomen.[312] Het antwoord dient dan te worden gezocht in het algemene Curaçaose goederenrecht.[313]

Het fundamentele probleem dat ten grondslag ligt aan de toepassing van de bepalingen ter zake natrekking, zaaksvorming en (oneigenlijke) vermenging in het algemeen goederenrecht is dat er een reëel risico bestaat dat de eigendom van de trustgoederen – door middel van originaire verkrijging – overgaat op de derde-verkrijger. Het verlies van de trustgoederen in dergelijke gevallen leidt ertoe dat de (potentiële) begunstigde uiteindelijk gebruik moet maken van het verbintenissenrecht, terwijl het goederenrechtelijk effect van het trustverband en de daarmee corresponderende goederenrechtelijke remedies juist één van de wezenlijke kenmerken is van de werking van de trust en de bescherming van de trustgoederen. Het is naar mijn overtuiging zonder meer te betreuren dat de Curaçaose wetgever aan dit soort situaties geen enkele aandacht heeft besteed, dan wel een toelichting heeft gegeven over zijn keuze om geen bijzondere bepalingen op te nemen.

Voorts zij opgemerkt dat het concept van 'following' en 'tracing' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht, in het Curaçaose (en het Nederlandse recht) mijns inziens de facto niet nieuw is. Zowel bij het opvorderen van bezit van

312 Zie ook: J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 290-291 die het volgende betoogt: "*Maar wat geldt goederenrechtelijk? De trusttitel bevat geen bijzondere bepalingen, zodat het algemene goederenrecht de weg moet wijzen. Zo wordt bij oneigenlijke vermenging – waarbij bijv. bankbiljetten of effecten niet identificeerbaar aanwezig zijn – vermoed dat de houder rechthebbende is behoudens tegenbewijs. Bij een trust bestaat echter de bijzonderheid dat een trustee in ten minste twee hoedanigheden houdt (als trustee en als privégerechtigde). Het is wenselijk hier van het (eufemistische) vermoeden uit te gaan dat de trustee in beginsel eerlijk is en houdt in hoedanigheid van trustee. Als argument voor dit vermoeden geldt 'that, where a man does an act which may be rightfully performed, he cannot say that that act was intentionally and in fact done wrongly'.*".

313 In casu zijn titel 3.5 BWC, titel 5.1 BWC (art. 5:3 BWC) en titel 5.2 BWC (art. 5:14, 5:15 en 5:16 BWC) van belang.

een zaak als bij zaaksvervanging in het Curaçaose goederenrecht zou men kunnen spreken van een zeker droit de suite, teneinde te bepalen in welke handen de desbetreffende zaak is geweest, dan wel het nieuwe goed te identificeren dat het oorspronkelijke goed heeft vervangen.[314] Naar mijn mening is het verschil met het Anglo-Amerikaanse trustrecht enkel gelegen in het feit dat beide genoemde processen in het Curaçaose recht onlosmakelijk zijn gekoppeld aan de uitoefening van de goederenrechtelijke opvorderingsbevoegdheid of de toepassing van zaaksvervanging. Hoewel het resultaat van 'following' en 'tracing' in het Anglo-Amerikaanse recht op het eerste gezicht vreemd lijkt voor de continentale jurist, kent het Curaçaose goederenrecht aldus in mijn ogen op dit punt een soortgelijk effect.

IV. De tekortkomingen in het Curaçaose systeem

Hetgeen de Curaçaose wetgever voor ogen had met de introductie van een goederenrechtelijke remedie en het systeem hieromtrent in het trustrecht is naar mijn mening een unicum en zeer innovatief. Echter, in de uitwerking en vervolgens in de uitvoering hiervan, is de Curaçaose wetgever mijns inziens jammer genoeg de mist ingegaan. Allereerst is de toekenning van goederenrechtelijke bevoegdheid aan de (potentiële) begunstigde tot het opvorderen van trustgoederen afhankelijk gemaakt van de trustakte. Zoals meermalen is gemeld, behoren de uit het recht van de begunstigde voortvloeiende remedies, waaronder in casu de goederenrechtelijke opvorderingsactie, tot één van de meest elementaire beginselen van het trustrecht. Het voorgaande lijkt aan de Curaçaose wetgever voorbij te gaan. Het regelend karakter van art. 3:156 lid 3 BWC doet afbreuk aan het recht van de begunstigde in het Curaçaose trustrecht en de effectieve wijze van handhaving van de Curaçaose trust.[315]

Voorts vermeldt de memorie van toelichting dat "in beginsel alle goederen terugvorderbaar [zijn]".[316] Uit het aangehaalde citaat distilleer ik dat de Curaçaose wetgever met het begrip 'goederen' vermoedelijk zowel zaken als vermogensrechten heeft bedoeld. Zou dat voor andere interpretatie vatbaar zijn, dan had de Curaçaose wetgever zijn keuze moeten beargumenteren. Bij de uitoefening van de bevoegdheid tot opvordering van zaken levert dit – ondanks het feit dat de (potentiële) begunstigde geen eigenaar is van (rechten op) de zaak – in beginsel geen problemen op. Een soortgelijke bevoegdheid aan niet eigenaren kent het Curaçaose goederenrecht al voor onder andere

314 Vgl. ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 428, voetnoot 35.

315 De memorie van toelichting erkent evenwel dat "voor de begunstigde van belang [is] dat hij zijn recht op het trustvermogen jegens derden kan doen gelden." Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3.

316 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

de vruchtgebruiker, de erfpachter en de opstaller.[317] Een bijzondere complicatie doet zich echter voor op het moment dat de begunstigde zijn bevoegdheid tot opvordering uitoefent ten aanzien van (relatieve) vermogensrechten, in het bijzonder vorderingsrechten.[318] Op basis van hetgeen de memorie van toelichting vermeldt, lijkt het erop dat de begunstigde die geen partij is bij de betreffende rechtsverhouding tussen een trustee en de derde, op grond van de wet een goederenrechtelijk 'pseudo-revindicatierecht' verkrijgt om vorderingsrechten terug te vorderen.[319] Dit is een merkwaardige situatie, gezien het feit dat het toekennen van een dergelijk recht in strijd is met het Curaçaose goederenrechtelijk stelsel.[320] Het bovenstaande laat derhalve zien dat de Curaçaose wetgever onbewust een 'pseudo-revindicatierecht' ten aanzien van (relatieve) vermogensrechten, in het bijzonder de vorderingsrechten, in het trustrecht heeft willen introduceren.

Nauw verwant aan de bovengenoemde problematiek is daarnaast het hiaat in de Curaçaose trustwetgeving ter zake van de publieke kenbaarmaking van de beperking in de beschikkingsbevoegdheid van de trustee.[321] De trustee is – zoals eerder is uiteengezet – in beginsel verplicht de derde in kennis te stellen van zijn hoedanigheid als trustee. De derde die handelt met de trustee dient zich bovendien te informeren over het trustverband door de raadpleging van het handelsregister c.q. de openbare registers, teneinde later een beroep te kunnen doen op de derdenbescherming wegens onbekendheid met de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee als zodanig, zo schrijven leden 4 en 5 van art. 3:140 BWC voor. Bekendheid met het trustverband, impliceert aldus de bekendheid met de beperking in de beschikkingsbevoegdheid van de trustee zolang een inschrijving in het trustregister of de openbare registers heeft plaatsgevonden. De Curaçaose wetgever zegt in de memorie van toelichting het volgende:

317 Art. 3:218 BWC, art. 5:95 BWC en art. 5:104 BWC. Zie ook: art. 3:125 BWC. Vgl. ook: C.J.J.M. Stolker, 'commentaar op art. 5:2 BW', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Kluwer 2021.

318 Art. 3:156 lid 2 jo. lid 3 BWC spreekt immers over *goederen* en niet enkel over zaken. Derhalve vallen kunnen – vanwege het trustverband – ook vermogensrechten die onderdeel zijn van de trust worden gevolgd.

319 Met een 'pseudo-revindicatierecht' wordt in casu bedoeld de persoon die geen rechthebbende is van een vermogensrecht, doch wel de mogelijkheid heeft om het desbetreffende (relatieve) vermogensrecht goederenrechtelijk terug te vorderen.

320 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nrs. 27 t/m 30. Vgl. ook: HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:92, *NJ* 2014/223, mn.t. S. Perrick; B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld. Enkele beschouwingen over geld, vermogensovergang en verhaalsregulering in de context van het girale betalingsverkeer* (Recht en Praktijk, nr. FR3), Deventer: Kluwer 2009, par 1.1.1.

321 Zie ook: M.E. Koppenol-Laforce, 'De ongehoorzame trustee', *WPNR* 2009/6807, p. 639-640.

> "Ter bescherming van het trustvermogen en in het belang van de begunstigde is het van belang dat eventuele beperkingen ook goederenrechtelijk gelden jegens verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid kennen of, mede in verband met het bestaan van het trustregister, geacht worden deze te kennen (derde tot en met vijfde lid) [van art. 3:140 – toevoeging KRF] .[…] Het tweede lid [van art. 3:156 BWC – toevoeging KRF] betreft de goederenrechtelijke vordering betreffende hetgeen door de trustee in strijd met zijn openbaar gemaakte bevoegdheden of zijn verplichtingen zijn vervreemd. In beginsel zijn alle goederen terugvorderbaar; degene die bewust met de trustee handelt dient diens bevoegdheid te verifiëren in het trustregister. Wel geldt de uit artikel 141 [artikel 140 in plaats van artikel 141 – aanpassing KRF] en uit het algemene vermogensrecht voortvloeiende bescherming van verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid niet kennen of geacht worden deze te kennen. […]."[322]

Frappant is dat het trustregister waarnaar de Curaçaose wetgever in de memorie van toelichting verwijst, bij de invoering van de Landsverordening trust is geschrapt.[323] Tevens ontbreekt in de Curaçaose trustwet, de Handelregisterverordening 2009, het Handelsregisterbesluit 2009 of enig andere wet een wetsbepaling die de publiciteitseis omvat. Het is naar mijn mening moeilijk verteerbaar dat de Curaçaose wetgever deze ernstige tekortkoming over het hoofd heeft gezien. Deze omissie in de genoemde wetten heeft tot consequentie dat de Curaçaose wetgever indirect een beroep van een derde-verkrijger op derdenbescherming faciliteert. Het achterwege laten van het publiciteitsvereiste in de wet zal veelvuldig leiden tot onbekendheid met de beperking in de beschikkingsbevoegdheid van de trustee en daarmee een geslaagd beroep op derdenbescherming, daar waar de beperking heeft plaatsgevonden bij trustakte. De goederenrechtelijke positie van de (potentiële) begunstigde bij een 'breach of trust' en zijn recht worden enorm verzwakt, aangezien de kans dat trustzaken met succes kunnen worden teruggevorderd, nogal wordt gereduceerd.

Daarenboven bepaalt art. 3:154 lid 2, 2e volzin BWC het volgende:

> "De trustee geldt als degene tegen wie de desbetreffende rechten en bevoegdheden worden uitgeoefend."

In deze gedachtegang is de trustee aldus volgens de Curaçaose wetgever de enige persoon jegens wie de (potentiële) begunstigden kunnen optreden. Dat is categorisch onjuist en zonder meer tegenstrijdig. Uit de eerdere analyse is reeds duidelijk gebleken dat (potentiële) begunstigden onder omstandigheden evenzeer jegens derden de aan hun recht van begunstigde verbonden remedies kunnen inroepen. Waarom de Curaçaose wetgever tot deze conclusie komt

---

322 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 10 en p. 13.

323 *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 15; M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 818.

en dit vervolgens in de wet opneemt, is onbegrijpelijk. Deze onzorgvuldigheden beletten de correcte toepassing van de Curaçaose trustwet.

Ten slotte is het feit dat thans de hoofdregel in de Curaçaose trustwet is die bepaalt dat de trustee onbeperkte beschikkingsbevoegdheid heeft, mijns inziens problematisch.[324] Zoals meermalen is uiteengezet, bepaalt de strekking van het trustverband de werking van de trust en daarmee de rechten, verplichtingen en bevoegdheden van de trustee en de (potentiële) begunstigden die uit het trustverband voortvloeien. Dit betekent dat het trustverband – als gevolg van het goederenrechtelijke effect hiervan – tevens bepaalt op welke wijze de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde wordt vormgegeven. Deze bijzondere rechtsverhouding verplicht de trustee om de trustgoederen te beheren ten behoeve van de (potentiële) begunstigde, hetgeen impliceert dat de trustee immer in het beste belang van de (potentiële) begunstigde dient te handelen. Handelt de trustee niet in overeenstemming hiermee, dan heeft dat naar mijn mening tot gevolg dat zijn beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de trustgoederen wordt aangetast. Hieruit moet naar ik meen worden afgeleid dat de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde naar Curaçaos recht een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee met zich meebrengt.[325] De trustee zal in het kader van de trust dan ook bevoegd zijn om over de trustgoederen te beschikken, voor zover hij het beste belang van de (potentiële) begunstigde in acht neemt. Het feit dat de Curaçaose wetgever in de trustwet heeft opgenomen dat de trustee onbeperkt beschikkingsbevoegd is – zonder rekening te houden met de uit het algemene trustrecht voortvloeiende verplichting van de trustee om te allen tijde de trustgoederen ten behoeve van de (potentiële) begunstigde te beheren – is mijns inziens in strijd met het Curaçaose trustrecht en botst met het karakter van de trust.[326] Door de thans geldende hoofdregel in het Curaçaose trustrecht in stand te laten, wordt mijn inziens indirect een deel van de goederenrechtelijke werking van het trustverband, terstond na de totstandkoming van de trust,

---

324 Art. 3:140 lid 1 BWC. Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3 en p. 10. De memorie van toelichting geeft aan dat de mogelijkheid tot beperking van de beschikkingsbevoegdheid van regelend recht is.

325 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3. De Curaçaose wetgever geeft in de memorie van toelichting echter wel toe dat, ter bescherming van de belangen van de begunstigde, gerechtvaardigd is dat de in beginsel onbeperkte beschikkingsbevoegdheid van de trustee kan worden beperkt.

326 Dat de Curaçaose wetgever bepaalt dat de onbeperkte beschikkingsbevoegdheid van de trustee bij trustakte kan worden beperkt, betekent niet dat er sprake is van een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid. Indien niets bij trustakte is bepaald, dan blijft de beschikkingsbevoegdheid van de trustee onbeperkt. Hetgeen ik in het bovenstaande betoog moet in dier voege worden gelezen dat er sprake is van een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee die nader in de trustakte in specifieke gevallen kan worden uitgewerkt.

ontnomen en heeft dat tevens negatieve consequenties voor de uitoefening van de goederenrechtelijke remedies door de (potentiële) begunstigde.

Voor alle in het bovenstaande besproken tekortkomingen worden in paragrafen 4.3.8, 4.3.10, 4.3.11 en 4.3.13 alternatieve regelingen voorgesteld.

3.9.2.5 Kwalificatie van het recht van de begunstigde naar Curaçaos recht

3.9.2.5.1 Kan het recht van de begunstigde worden aangemerkt als een voorwaardelijk eigendomsrecht?

Eerder in dit hoofdstuk is toegelicht dat de (potentiële) begunstigde bij de totstandkoming van de Curaçaose trust een bundel van rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies – en afhankelijk van de strekking van het trustverband een economisch belang – verkrijgt. Met nadere uitwerking van de rechtsfiguur van het voorwaardelijke eigendomsrecht door de Hoge Raad in zijn arrest *Rabobank/Reuser* rijst de vraag of het recht van de (potentiële) begunstigde als een voorwaardelijk eigendomsrecht, in het bijzonder een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan worden beschouwd.[327] Bij de beantwoording van deze vraag dient mijns inziens duidelijkheidshalve onderscheid te worden gemaakt tussen begunstigden van een 'fixed' trust en potentiële begunstigden van een 'discretionary' trust.

Wordt een goed onder opschortende voorwaarde overgedragen, dan wordt de verkrijger onder opschortende voorwaarde, zo oordeelde de Hoge Raad, onmiddellijk na de overdracht en vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde, reeds rechthebbende van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde waarover hij kan beschikken.[328] Bij de totstandkoming van een dergelijke overdracht wordt aldus direct aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BWC voldaan, doch geschiedt de rechtsovergang pas op het tijdstip dat de voorwaarde in werking is getreden.[329] Wanneer de voorwaarde in vervulling gaat, verwerft de verkrijger onder opschortende waarde – door de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde – het onvoorwaardelijke eigendomsrecht van het desbetreffende goed.[330]

Op grond van het bovenstaande dient de vraag of het recht van de (potentiële) begunstigde als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde

---

327 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

328 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 4.2.2.

329 In casu wil dat zeggen dat er sprake is van een onvoorwaardelijke levering ter uitvoering van een onvoorwaardelijke verbintenis die resulteert in een overdracht onder opschortende voorwaarde. Zie in dit kader: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 800-802.

330 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290 (*Rabobank/Reuser*), r.o. 4.2.3. Zie ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 109-120 en p. 800-802.

kan worden aangemerkt, naar mijn mening voor zowel de begunstigde van een 'fixed' trust als de potentiële begunstigde van een 'discretionary' trust ontkennend te worden beantwoord. De begunstigde van een 'fixed' trust heeft direct bij de totstandkoming van de trust een vooraf in de trustakte vastgesteld aandeel in het trustfonds en daarmee een economisch belang in de trust. Dit economische belang dat aldus onderdeel uitmaakt van zijn 'recht van de begunstigde', vertaalt zich in een recht op (toekomstige) overdracht op één of meer trustgoederen.[331] Dit recht van overdracht heeft in casu echter géén goederenrechtelijke werking. Dit impliceert dat de trustee in beginsel primair zal moeten bepalen op welk tijdstip de eigendomsoverdracht zal moeten geschieden. Vervolgens dient hij – anders dan bij de eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde het geval is – te voldoen aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BWC, teneinde de daadwerkelijke rechtsovergang van een trustgoed – dat wil zeggen de eigendomsoverdracht van een trustgoed – op het vastgestelde tijdstip te bewerkstelligen.[332] Van een overdracht van trustgoederen aan of verkrijging van enige vorm van eigendomsrecht door de begunstigde door verwerving van het recht van de begunstigde bij de totstandkoming van de trust, is derhalve geenszins sprake.

Ook in geval van de potentiële begunstigde van een 'discretionary' trust kan er op geen enkele wijze gesproken worden van een overdracht van goederen, dan wel van een eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde. Potentiële begunstigden verwerven zolang de trustee zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van begunstigden niet heeft uitgeoefend, géén aandeel in het trustfonds. Hun recht van begunstigde omvat om deze reden ook géén economisch belang dat hun een verbintenisrechtelijk recht geeft op (toekomstige) overdracht van één of meer trustgoederen.[333] Dit brengt met zich mee dat de fase waarin de trustee tot overdracht van trustgoederen kan overgaan, bij een 'discretionary' trust nog niet is bereikt.[334] Voordat de trustee zich kan verplichten tot eigendomsoverdracht van de trustgoederen krachtens het bepaalde in art. 3:84 lid 1 BWC, zal hij tevens in dit geval moeten bepalen op welk tijdstip de overdracht dient te geschieden en moet hij vaststellen wie de verkrijger van de trustgoederen zal zijn. Dat laatste geschiedt door de aanwijzing van een begunstigde uit de groep der potentiële begunstigden op grond van de aan de trustee verleende discretionaire bevoegdheid. Pas wanneer bij de aangewezen begunstigde een recht op overdracht op één of meer

331 In de situatie dat de begunstigde een voorwaardelijk recht van de begunstigde heeft verworven, heeft hij een voorwaardelijk economisch belang en verwerft hij derhalve een voorwaardelijk recht op overdracht.

332 Vgl. ook: HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 3.6.

333 Potentiële begunstigden hebben aldus enkel een verwachting, oftewel een potentieel economisch belang.

334 Vgl. ook: HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 3.6.

trustgoederen ontstaat, kan de trustee de eigendomsoverdracht van het desbetreffende trustgoed realiseren.

3.9.2.5.2 Het recht van de begunstigde als vermogensrecht ex art. 3:6 BWC

De begunstigde is, voor zover de trustakte niet anders bepaalt, bevoegd om over zijn rechten en bevoegdheden in de trust te beschikken.[335/336] Op de vraag of het 'recht van de begunstigde' op zichzelf als vermogensrecht en derhalve als goed kan worden beschouwd, geeft de Curaçaose wetgever echter geen antwoord. Het 'recht van een begunstigde' bij een 'fixed' trust omvat – naast een aantal rechten, bevoegdheden en remedies – tevens een economisch belang. Daarnaast is dit recht, zo volgt uit art. 3:154 lid 2 BWC, in beginsel vatbaar voor overdracht. Aangezien het recht van de begunstigde in dergelijke gevallen overdraagbaar is, ertoe strekt de begunstigde stoffelijk voordeel te verschaffen en derhalve een bepaalde waarde in het economisch verkeer representeert, lijdt het naar mijn mening geen twijfel dat zulks onder de noemer 'vermogensrecht' valt en daarmee ook een goed is ex art. 3:1 BWC. Daarentegen omvat het 'recht van de begunstigde' bij een 'discretionary' trust géén economisch belang dat recht geeft op (toekomstige) overdracht van één of meer trustgoederen. Dit impliceert dat een dergelijk recht van de begunstigde niet direct een economische waarde representeert. De enkele verwachting van een potentiële begunstigde ten aanzien van een (toekomstige) overdracht van één of meer trustgoederen, kan op zichzelf niet worden beschouwd als een zelfstandig vermogensrecht en daarmee evenmin als een zelfstandig (overdraagbaar) goed.[337] Niettemin kwalificeert de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de potentiële begunstigde als zodanig naar mijn opvatting als vermogensrecht ex art. 3:6 BWC en derhalve ook als een goed ex art 3:1 BWC. De reden die hieraan ten grondslag ligt is dat de potentiële begunstigde – hoewel hij geen economisch belang heeft in de trust – wel een aantal basisrechten, bevoegdheden en remedies verkrijgt ter handhaving van de trust.[338] Dit samenstel van rechten, bevoegdheden en remedies is het spiegelbeeld van de taken c.q. verplichtingen van de trustee die hij jegens en in het belang van de potentiële begunstigde dient te vervullen c.q. na te komen. Zo heeft de potentiële begunstigde – zoals eerder is belicht – het recht op behoorlijk beheer van de trust en kan hij onder meer schadevergoedingsclaims indienen en heeft hij onder omstandigheden de mogelijkheid om (gesubstitueer-

335 Art. 3:154 lid 2 BWC.

336 Zie echter art 3:154 lid 3 BWC waarin is bepaald dat uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie in beginsel niet feitelijk kunnen worden gebruikt voor betaling van schulden die geen verband houden met het doel waarvoor deze gedaan zijn en is de begunstigde niet bevoegd over het recht op die uitkeringen te beschikken.

337 Vgl. ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 290-291; B. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, nr. 3.2.3.3.

338 Zie paragraaf 3.3.9.

de) trustgoederen op te vorderen bij een 'breach of trust'. Het feit dat de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de potentiële begunstigde in dat soort gevallen weliswaar niet ertoe strekt stoffelijk voordeel te leveren doch wel gericht is op bepaalde prestaties van de trustee, brengt ongetwijfeld voordeel voor de potentiële begunstigde met zich.[339]

Overdracht van een overdraagbaar recht van de begunstigde in een 'fixed' trust vindt plaats krachtens de in art. 3:84 lid 1 BWC neergelegde vereisten.[340/341] De levering geschiedt – gelet op het type recht – door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan aan de trustee ingevolge art. 3:94 lid 1 BWC. Theoretisch gezien behoort een stille cessie van het recht van de begunstigde in een 'fixed' trust op grond van art. 3:94 lid 3 BWC – dat wil zeggen een overdracht waarvan een mededeling niet is vereist – evenzeer tot de mogelijkheden. Of een stille cessie in casu praktisch realiseerbaar is, is niet in de memorie van toelichting terug te vinden. Een stille cessie van een recht van de begunstigde in een 'fixed' trust kan naar ik meen het beheer en de goede werking van de trust in de weg staan. De trustee kan zonder enige mededeling geconfronteerd worden met een nieuwe onbekende begunstigde, terwijl van hem op grond van het trustrecht vereist wordt dat hij te allen tijde in het belang van een begunstigde dient te handelen. Aan dit vereiste kan hij alleen voldoen op het moment dat hij in kennis is gesteld van de overgang van het recht van de begunstigde op de nieuwe begunstigde. Wordt hij echter niet geïnformeerd door partijen, dan bestaat de mogelijkheid dat dit leidt tot een 'breach of trust' door bijvoorbeeld informatie over de trust aan de verkeerde persoon te doen toekomen of trustgoederen aan de verkeerde persoon te

339 Vgl. in dit kader: C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 89-90, waarin de Nederlandse wetgever aangeeft dat bepaalde rechten die noch tot het verkrijgen van stoffelijk voordeel strekken, noch overdraagbaar zijn, wel als vermogensrechten kunnen worden aangemerkt. Het zijn van vermogensrecht is voor zodanige rechten vooral van belang met het oog op de toepasselijkheid van de titels betreffende verbintenissen en rechtsvorderingen, aldus de Nederlandse wetgever. Het betoog dat de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van een potentiële begunstigde als een vermogensrecht kwalificeert, kan mijns inziens zijn grond vinden in hetgeen de Nederlandse wetgever in het voornoemde tot uitdrukking brengt. Voorts is de opsomming in art. 3:6 BWC niet limitatief. Vgl. ook: E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 86 en p. 248; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 1-2; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5.

340 De memorie van toelichting vermeldt dat "ten aanzien van de wijze waarop kan worden beschikt gelden de algemene regels van vermogensrecht." Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 12-13.

341 Het recht van de begunstigde kan derhalve tevens onder trustverband worden geplaatst, zodat een zogenoemde subtrust ontstaat. Zie ook: J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 289.

leveren. De mededeling aan de trustee als constitutief vereiste voor de levering bij de overdracht van het recht van de begunstigde in een 'fixed' trust cessie acht ik derhalve wenselijk.

Het recht van de begunstigde in een 'discretionary' trust is krachtens art. 3:83 lid 1 BWC naar zijn aard niet vatbaar voor overdracht. Dit is naar mijn mening te wijten aan het gegeven dat aan het recht van de begunstigde in een 'discretionary' trust een onzeker element verbonden is ter zake de aanwijzing van een begunstigde. Voorts is het onwenselijk dat een overdracht plaatsvindt aan personen buiten de groep der potentiële begunstigden, hetgeen in strijd is met de intentie van de insteller bij de totstandkoming van de trust. Dit leidt ertoe dat art. 3:154 lid 2 BWC in casu niet van toepassing is.

3.10 De instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel

Zoals reeds is besproken, heeft de Curaçaose trustwetgeving de insteller de mogelijkheid geboden om naast de instelling van een trust ten behoeve van één of meer (potentiële) begunstigden, mede een trust in te stellen ter verwezenlijking van een omschreven doel.

De trust ter verwezenlijking van een omschreven doel wordt naar Curaçaos recht grotendeels aan dezelfde vereisten onderworpen als de trust ten behoeve van (potentiële) begunstigden en tevens zijn nagenoeg alle bepalingen van titel 3.6 BWC op deze trust van toepassing. In tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht bevat de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel naar Curaçaos recht echter geen publiek element waarbij vereist is dat voor de instelling sprake moet zijn van de behartiging van maatschappelijke c.q. charitatieve belangen. Zolang het omschreven doel niet in strijd is met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde is de instelling van deze trust aldus toegestaan.[342]

Een bijzonder probleem dat zich echter voordoet bij de instelling van een trust ter verwezenlijking van een omschreven doel is het feit dat de Curaçaose trust – evenals de Anglo-Amerikaanse trust – geen begunstigden heeft, hetgeen betekent dat er in tegenstelling tot de trust ten behoeve van (potentiële) begunstigden geen trustrechtelijke rechtsverhouding bestaat tussen de trustee en de begunstigde.[343] Het gevolg hiervan is dat thans naar Curaçaos recht onbekend is welke personen ter nastreving van het doel waarvoor de trust is ingesteld, de basisrechten en bevoegdheden die een begunstigde normaliter kan uitoefenen ingevolge het algemeen Curaçaose trustrecht dienen uit te oefenen. Het is evenmin bekend welke personen in dit kader rechtens kunnen optreden tegen een schending van de trustrechtelijke verplichtingen door de

342 Art. 3:130 lid 5 jo. art. 3:40 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6-7.

343 Zie paragraaf 2.4.12.

trustee en derhalve remedies kunnen inroepen ingeval de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen handelt. Kennelijk heeft de Curaçaose wetgever bij dit knelpunt niet stilgestaan met als gevolg dat hierin niet bij wet is voorzien.[344]

Wordt een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel in het leven geroepen, dan moet de persoon die in dat geval de plaats van een (potentiële) begunstigde inneemt, naar mijn mening dezelfde rechten en bevoegdheden die een (potentiële) begunstigde verkrijgt bij de totstandkoming van de trust, kunnen uitoefenen. Dat geldt evenzeer voor de hem toekomende remedies. Hij kan het recht van de begunstigde aldus rechtens uitoefenen als ware hij een (potentiële) begunstigde.

3.11 De uitvoering van de Curaçaose trust in de praktijk[345]

De Curaçaose trust heeft sinds zijn invoering op 1 januari 2012 volgens de Curaçaose notariële praktijk geringe bekendheid genoten in de lokale en internationale financiële wereld en is thans een nog weinig gebruikte rechtsfiguur. Dit is niet vreemd, gelet op het feit dat deze rechtsfiguur een novum is in het Koninkrijk,[346] in het bijzonder voor het Curaçaose notariaat, en ook de wetgeving nog in de kinderschoenen staat. De consequentie hiervan is dat het Curaçaose notariaat thans, zonder goede kennis van het trustrecht, niet de juiste invulling kan geven aan de in dit hoofdstuk besproken punten in de notariële akte. Voorts wordt de rechtspraktijk geconfronteerd met velerlei wetsgebreken die tot heden nog niet zijn verholpen.

Het is voorts niet onbegrijpelijk dat tot op heden geen ruchtbaarheid is gegeven aan de trust. Enerzijds wil het Curaçaose notariaat geen risico's nemen die tot civielrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden en dientengevolge de eer en aanzien van de notaris aantasten. Anderzijds kan de cliënt door de thans voorkomende wettelijke tekortkomingen en onduidelijkheden niet op de juiste wijze van advies worden voorzien met als gevolg dat hij al snel kan worden benadeeld. Dit heeft tot gevolg dat de werking van de trust in de praktijk zonder meer wordt belemmerd.

In dit kader pleit ik voor een spoedige wetsherziening om eventuele misstanden in de praktijk te voorkomen. Die zullen niet alleen het imago van het Curaçaose notariaat schaden, maar zullen tevens een negatieve impact op het Curaçaose investeringsklimaat hebben, ook al wordt de Curaçaose trust

344 Zie voor de voorgestelde oplossing paragraaf 3.4.2.

345 Bergervoet, Mansur en Burgers bespreken in hun bijdragen de mogelijkheden die de Curaçaose trust biedt in de praktijk. Zie hiervoor: M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926 en H.Th.M. Burgers, 'Welkom Trust!', *CJB* 2012/2.

346 St. Maarten heeft overigens in 2014 de Landsverordening trust (*Afkondigingsblad* 2014, nr. 7) ingevoerd.

door de wetgever gezien als een goed alternatief voor de teruggang van de 'offshore' sector. Na een noodzakelijke wetswijziging dient in mijn optiek in het belang van het Curaçaose investeringsklimaat meer ruchtbaarheid te worden gegeven aan de trustfiguur.

4 TRUSTRECHTELIJKE RECHTEN EN BEVOEGDHEDEN IN HET CURAÇAOSE TRUSTRECHT

In het Anglo-Amerikaanse trustrecht is de rechtsfiguur van de trust nauw verbonden met de complexe figuur van 'powers', de zogenoemde rechten en bevoegdheden die in het kader van het beheer van de trust c.q. de beschikking van de trustgoederen kunnen worden toegekend aan bijvoorbeeld de insteller, de trustee of een derde.[347] Vanwege de flexibiliteit die gepaard gaat met het gebruik van 'powers', komt de combinatie 'trust' en 'powers' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht tamelijk frequent voor. Ook het Curaçaose trustrecht kent rechten en bevoegdheden die aan een insteller, trustee of een derde kunnen worden verleend ten aanzien van de trust. Dit onderwerp is echter onderbelicht gebleven in de memorie van toelichting op de Curaçaose trustwet. Vanuit praktisch oogpunt zou het mijns inziens verstandig zijn geweest van de Curaçaose wetgever om deze trustrechtelijke rechten en bevoegdheden separaat te behandelen, teneinde het belang en de flexibiliteit die het inzetten hiervan met zich meebrengt, te benadrukken.

Om het verband tussen de trust en de trustrechtelijke rechten en bevoegdheden te verduidelijken, zullen de belangrijkste trustrechtelijke rechten en bevoegdheden in het onderstaande kort de revue passeren, met dien verstande dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen wettelijke en niet-wettelijke rechten en bevoegdheden.

4.1 Wettelijke trustrechtelijke rechten en bevoegdheden in het Curaçaose trustrecht

4.1.1 De bevoegdheid om de trustbepalingen te wijzigen en de trust te herroepen

In beginsel is het naar Curaçaos recht niet mogelijk een trust te herroepen of te wijzigen.[348] Hiervan kan evenwel in de trustakte worden afgeweken.[349] Dit impliceert dat de omstandigheden waaronder de wijzigingen en herroeping

347 Zie hoofdstuk 2.5.

348 Wat het karakter van de bevoegdheid tot herroeping is, is afhankelijk van de uitwerking in de trustakte. Indien het herroepingsrecht geformuleerd is als een ontbindende voorwaarde, komt in beginsel daaraan goederenrechtelijke werking toe.

349 Art. 3:132 lid 1 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

toegestaan zijn in de akte moeten worden vermeld. Tevens kan een wijziging of herroeping uitsluitend plaatsvinden door de persoon die krachtens de akte bevoegd is.[350] Een dergelijke wijziging of herroeping dient bij notariële akte te geschieden.[351] Het lijkt erop dat de Curaçaose wetgever met deze wetsbepaling voor wat betreft de herroeping en de wijzigingsbevoegdheid, de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de zogeheten 'powers of revocation', respectievelijk de 'powers to amend the trust deed' heeft willen introduceren.[352] Voor de insteller kan de mogelijkheid van herroeping en wijziging een interessante bepaling zijn ingeval hij enige controle wil behouden over de onder trustverband geplaatste goederen.

Voorts is mijns inziens het recht van herroeping in het trustrecht in zekere zin te vergelijken met de herroepingsmogelijkheid in het Curaçaose schenkingsrecht, zolang de insteller zelf gebruikmaakt van deze mogelijkheid van herroeping.[353] Het moge duidelijk zijn dat – zoals reeds is opgemerkt – de instelling van een trust waarbij de insteller de beoogde trustgoederen aan de trustee toevertrouwt, civielrechtelijk niet als een gift kan worden aangemerkt.[354] Er zou echter wel, indien de bevoegdheid tot herroeping aan een ander dan de insteller van de trust wordt gegeven, sprake kunnen zijn van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC.[355] Als gevolg van de uitoefening van het herroepingsrecht wordt het eigen vermogen van deze derde door de verkrijging van het trustfonds verrijkt, terwijl hij nimmer eigenaar is geweest van de goederen die onder trustverband zijn geplaatst.[356] Het lijkt mij dat in dit soort situaties sprake is van oneigenlijk gebruik van het trustrecht. Is de achterliggende gedachte van een zodanige herroeping enige controle over de trust door een ander dan de insteller, dan zijn er andere mechanismen in de wet – men denke onder andere aan de benoeming van een protector of uitbreiding van de groep der trustees – om dat te realiseren. Gezien het voorgaande dient de mogelijkheid tot herroeping enkel te worden bedongen door de insteller. Degene die een schenking c.q. gift wil doen, dient naar mijn mening in casu gebruik te maken van het schenkingsrecht.

350 Art. 3:132 lid 1 BWC.

351 Art. 3:132 lid 2 BWC.

352 Voor een uiteenzetting van het leerstuk van de 'powers of revocation' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht zie paragraaf 2.5.3.1. Zie voor een uiteenzetting van de 'power to amend the trust deed' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht bijvoorbeeld: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-071 t/m 33-084.

353 Landsverordening erfrecht en schenking, *Publicatieblad* 2011, nr. 68, is inwerking getreden op 1 januari 2012. Vgl. ook: T.J. Mellema-Kranenburg, 'De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?', *TE* 2004/03; J.B. Vegter, 'Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking', *WPNR* 2008/6744.

354 Zie paragraaf 3.3.3.5.

355 Dit is afhankelijk van de wijze waarop het recht van herroeping in de trustakte is vormgegeven. Dit zal met name het geval zijn indien het herroepingsrecht goederenrechtelijke werking heeft.

356 Dit is het geval waarin de herroeping is vormgegeven als een ontbindende voorwaarde.

Is de insteller voornemens de trust te herroepen, dan dient de notaris zonder meer bij het verlenen van ministerie zijn zorgplicht jegens derden (*lees*: crediteuren)[357] in acht te nemen ter voorkoming van notariële aansprakelijkheid. Stel dat de insteller een groot deel van zijn goederen in een Curaçaose trust onderbrengt, terwijl hij zich de mogelijkheid tot herroeping voorbehoudt. Door het plaatsen van de goederen onder trustverband kunnen deze goederen op eenvoudige wijze aan het verhaal van de crediteuren van de insteller worden onttrokken, met als gevolg dat er sprake kan zijn van een paulianeuze handeling.[358] De schuldeisers van de insteller zullen zich in ieder geval op de goederen kunnen verhalen op het moment dat de insteller gebruikmaakt van de mogelijkheid tot herroeping en deze goederen terugkeren in het vermogen van de insteller.[359] Indien de notaris ondanks zijn vakkennis twijfelt over de mogelijke herroeping in de akte, in die zin dat het paulianeus zou kunnen zijn, dan dient hij bij de herroeping dienst te weigeren en moet hij de insteller verwijzen naar de rechter.[360] De notaris beschikt in complexe situaties immers niet over de juiste middelen om een diepgaand feitenonderzoek te verrichten en te beoordelen of er bij twijfelgevallen sprake is van een actio pauliana.[361] Verder moet de notaris in dit soort gevallen waken tegen misbruik van de bevoegdheid tot herroeping.[362] Gezien het bovengenoemde is het derhalve terecht dat de notaris een monopoliepositie heeft ten aanzien van de instelling en de herroeping van een trust.

Ten slotte kunnen in situaties waarin een bevoegdheid tot wijziging van de trustakte in de trustakte is gecreëerd, risico's op de loer liggen vanwege de grote mate van flexibiliteit.[363] Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de insteller of een ander aan wie deze bevoegdheid is verleend, verregaande wijzigingen doorvoert met het gevolg dat deze in strijd zijn met het doel van de trust en de strekking van hetgeen de insteller aanvankelijk met de trust had bedoeld. Verregaande wijzigingen kunnen eveneens ten detrimente zijn

357 HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, *NJ* 1996/627, m.nt. W.M. Kleijn, HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, *NJ* 1996/628, HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, *NJ* 1996/629, m.nt. W.M. Kleijn (*Tilburgse Hypotheekbank I,II en III*) en HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*); Zie ook: HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.7 – 2.30.

358 Naar Anglo-Amerikaans recht wordt een 'power of revocation' onder omstandigheden gelijkgesteld met eigendom en kunnen crediteuren van de insteller zich verhalen op de onder trustverband geplaatste goederen, indien de insteller zich een 'power of revocation' heeft voorbehouden. Zie hiervoor paragraaf 2.5.3.7.

359 Vgl. ook W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 146-147.

360 HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.28.

361 HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.28.

362 Vgl.: C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2019, nrs. 85-87.

363 Art. 3:133 BWC is van regelend recht. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

van (potentiële) begunstigden. De notaris heeft derhalve – zoals ook het geval is bij de herroeping van een trust – in casu een prominente rol in het erop toezien dat rechten van derden worden geëerbiedigd en de belangen van (potentiële) begunstigden worden gerespecteerd.

4.1.2 *Wijziging van de trustbepalingen door onvoorziene omstandigheden*[364]

Het kan zijn dat na de instelling van de trust of wijziging van de trustbepalingen door onvoorziene omstandigheden aan de kennelijke bedoeling van de insteller in een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare mate afbreuk wordt gedaan.[365] In dit geval kunnen op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie aanpassingen of het buiten toepassing laten van trustbepalingen door de rechter plaatsvinden.[366] Als belanghebbende kunnen mijns inziens onder meer worden aangemerkt de insteller, de trustee, de begunstigde, de protector[367] of een bij de trust betrokken derde. Terughoudendheid van de rechter bij toepassing van dit artikel is echter geboden.[368]

4.1.3 *De bevoegdheid om een trustee te benoemen, te schorsen, te vervangen of te ontslaan*

De insteller, de protector, of een derde hebben, indien een daartoe strekkende bevoegdheid in de trustakte is gecreëerd, de bevoegdheid om een trustee te schorsen, te vervangen, dan wel te ontslaan.[369] Deze bevoegdheid is gebaseerd op de Anglo-Amerikaanse 'powers to appoint, substitute and remove trustees'. Het is voor mij onbegrijpelijk dat de wetgever de mogelijkheid tot benoeming van meerdere trustees na de instelling van de trust niet in de wet heeft geïncorporeerd. De memorie van toelichting spreekt alleen over het feit dat het neerleggen van de functie van trustee een aangelegenheid van regelend recht is.[370]

364 In het Anglo-Amerikaanse trustrecht staat dit bekend als de 'variation' of trusts. Zie voor een uitvoerige bespreking hiervan onder andere: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 487-495; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 725 e.v.

365 Art. 3:133 lid 1 BWC.

366 Art. 3:133 lid 1 BWC.

367 Ingevolge art. 3:150 lid 4 BWC geldt de protector in beginsel als belanghebbende in de zin van titel 3.6 BWC.

368 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

369 Art. 3:144 leden 2,3 en 5 BWC. Zie ook: paragraaf 3.3.7.

370 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11.

4.1.4 De bevoegdheid om een protector te benoemen, te schorsen, te vervangen of te ontslaan

De huidige Curaçaose trustwet bepaalt dat in de trustakte de functie van protector in het leven kan worden geroepen.[371] Indien de mogelijkheid daartoe is geschapen, dient tevens bij trustakte te worden bepaald welke personen tot benoeming bevoegd zijn.[372] Voor wat betreft de schorsing, vervanging of ontslag van de protector, heeft de Curaçaose trustwet tevens de mogelijkheid geschapen om bevoegdheden ten aanzien hiervan te creëren.[373] Deze bevoegdheden kunnen onder meer worden toegekend aan een insteller of een derde.

4.1.5 De bevoegdheid om bepaalde maatregelen te nemen ter bescherming van het trustfonds

Blijkens art. 3:158 BWC kan in de trustakte worden bepaald dat één of meer personen worden aangewezen die de bevoegdheid verkrijgen om bepaalde maatregelen te nemen ter bescherming van het trustfonds onder de in de trustakte omschreven omstandigheden. Deze wetsbepaling is in tamelijk vage bewoordingen geschreven en het is mij derhalve niet duidelijk wat de wetgever verstaat onder de woorden 'bescherming' en de 'maatregelen' die ter bescherming in casu genomen zouden kunnen worden. Over dit artikel vermeldt de memorie van toelichting slechts het volgende:

> "Deze bepaling behoeft geen verdere toelichting."[374]

Naar mijn mening is een toelichting in casu echter noodzakelijk, omdat het wetsartikel zonder concretisering ruimte laat voor speculatie en zich derhalve gemakkelijk leent voor misbruik van bevoegdheid of een schijnhandeling[375]. Een ander belangrijk punt is dat het niet duidelijk is of de gecreëerde bevoegdheid op basis van art. 3:158 BWC van goederenrechtelijke aard kan zijn, met als gevolg dat de impact ervan op de positie van derden niet altijd in te schatten is. Gezien het bovenstaande, is het dan zeer de vraag of de Curaçaose wetgever over dient te gaan tot herformulering, dan wel schrapping van deze wetsbepaling.[376]

---

371 Art. 3: 147 lid 1 BWC.
372 Art. 3:147 lid 2 BWC. Zie ook: art. 3:152 lid 5 BWC.
373 Art. 3:152 leden 2 en 3 BWC.
374 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 14.
375 Het leerstuk van de schijnhandeling (simulatie) kan mijns inziens analoog in zulks geval worden toegepast. Zie in dit kader: C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, nrs. 153-156.
376 Zie de voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.12.

4.1.6 De wettelijke bevoegdheden van de trustee

Naast de op grond van het algemene Curaçaose trustrecht en de in de trustakte neergelegde verplichtingen die aan de trustee zijn opgelegd, kunnen tevens bevoegdheden aan de trustee worden verleend. Krachtens art. 3:139 lid 1 BWC is een trustee onder meer bevoegd tot:

a. vervreemding, belegging en herbelegging van het trustvermogen;
b. uitkering van het zuiver inkomen of accumulatie voor ten hoogste vijf jaren;
c. beëindiging of opschorting van uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie, voor zover die uitkeringen feitelijk voor een ander doel gebruikt worden;
d. beëindiging van uitkeringen indien een begunstigde, in strijd met een daartoe strekkend verbod in de trustakte, zijn belang in de trust heeft vervreemd, bezwaard of belast;
e. het op verzoek van de insteller, de protector of derden doen van uitkeringen aan niet in de trustakte genoemde personen of ten behoeve van niet in de trustakte genoemde doelen, mits deze uitkeringen niet onverenigbaar zijn met de trustbepalingen[377];
f. raadpleging van adviseurs in verband met de uitoefening van zijn taak.

Uit de memorie van toelichting kan indirect worden afgeleid dat de bovengenoemde lijst niet limitatief is.[378] Voorts bepaalt art. 3:139 lid 4 BWC dat in de trustakte van de in art. 3:139 lid 1 BWC neergelegde bevoegdheden kan worden afgeweken.

Hetgeen allereerst in casu in het oog springt is dat art. 3:139 lid 1 BWC volgens de memorie van toelichting de trustee uitgebreide bevoegdheden tot handelen geeft.[379] Ik vind deze bepaling echter semantisch meerduidig. Enerzijds lijkt de wetgever op basis van de memorie van toelichting te suggereren dat de uitoefening van de in art. 3:139 lid 1 BWC genoemde bevoegdheden

377 De memorie van toelichting zegt over deze bepaling het volgende: "onderdeel e is bedoeld om een wettelijke basis te geven voor het voldoen aan niet bindende verzoeken, al dan niet in de vorm van in de trustpraktijk gehanteerde "letters of wishes"." Het voorgaande is mijns inziens verwarrend. Het is mij niet duidelijk waarom de Curaçaose wetgever van mening is dat de in de praktijk gehanteerde 'letters of wishes' een wettelijke basis behoeven, gelet op het feit dat hetgeen in een 'letter of wishes' is opgenomen niet rechtens afdwingbaar is. Voorts zou de insteller, protector of derde in beginsel geen verzoeken tot uitkering kunnen doen aan niet in de trustakte genoemde personen c.q. doelen. Dergelijke verzoeken zijn in strijd is met één van de materiële vereisten van de totstandkoming van de Curaçaose trust, namelijk de aanwijzing van de begunstigde c.q. de omschrijving van het desbetreffende doel in de trust akte. Zou een trustee het desbetreffende verzoek honoreren, dan zou zijn handelen in strijd zijn met het algemeen trustrecht en daarmee schendt hij zijn trustrechtelijke verplichtingen. Een uitzondering hierop is een daartoe strekkende bevoegdheid – de zogenoemde bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde – die in de trustakte is opgenomen.

378 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

379 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

afhankelijk is van het type trust dat in het leven is geroepen.[380] Anderzijds kan de voornoemde wetsbepaling in dier voege worden geïnterpreteerd dat bij gebreke van een andersluidend beding in de trustakte, de trustee in elk geval de aan hem in art. 3:139 lid 1 BWC toegekende bevoegdheden heeft, ongeacht het type trust dat is ingesteld. In dat geval zou het vreemd zijn om deze bevoegdheden te codificeren, met name omdat de Curaçaose trustwetgeving in beginsel van regelend recht is en de bevoegdheden van de trustee vooral zullen afhangen van de inhoud en de strekking van het trustverband en de in de trustakte neergelegde voorwaarden. Het toekennen van een in de voornoemde bepaling genoemde bevoegdheid kan daarnaast onverenigbaar zijn met het doel en strekking van de trust, met name indien in de trustakte niet van art. 3:139 lid 1 BWC is afgeweken. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin aan de trustee onder het huidige trustrecht een wettelijke bevoegdheid tot belegging wordt verleend, terwijl de trust juist gecreëerd is om unieke en kostbare goederen van de insteller te beschermen, teneinde die te zijner tijd aan de volgende generatie over te dragen. Het feit dat de trustee in een dergelijk geval zijn bevoegdheid toch niet zal kunnen uitoefenen – de uitoefening is immers niet in het belang van de begunstigde – en de insteller een breed scala aan mogelijkheden heeft in het Curaçaose trustrecht, maakt een dergelijke wetsbepaling in mijn ogen overbodig.

Voorts kan ik me niet aan de indruk onttrekken dat de Curaçaose wetgever het onderscheid tussen enerzijds de trust als rechtsfiguur en de trustrechtelijke rechten en bevoegdheden niet kent. Dit leid ik uit van het volgende:

> "Het eerste lid, van regelend recht [zie artikel 139, eerste lid – aanpassing KRF], geeft aan de trustee uitgebreide bevoegdheden tot handelen. Men vergelijke de in het Anglo-Amerikaans recht bekende "discretionary trust", waarmee een trust bedoeld wordt, waarbij de trustee naar eigen inzicht kan bepalen of en in hoeverre hij het trustinkomen zal uitkeren of accumeleren (sic)."

Op basis van het bovenstaande wekt de Curaçaose wetgever de schijn dat trustrechtelijke rechten en bevoegdheden enkel aan een trustee van een 'discretionary' trust kunnen worden toegekend. Dit is allesbehalve juist. Bevoegd-

380 De Curaçaose wetgever geeft de volgende voorbeelden: "Het in onderdeel a bepaalde maakt het mogelijk dat de trust gebruikt wordt als investment trust. De belegger is dan een insteller en begunstigde tegelijk. Ten aanzien van het in onderdeel b bepaalde wordt ten deze verwezen naar artikel 154, eerste lid. Het onder c en d bepaalde is bedoeld om "spendthrift clauses" mogelijk te maken. Op basis van deze bepaling kan de insteller voorkomen dat de begunstigde zijn rechten en aanspraken op toekomstige uitkeringen van inkomen of op het trustvermogen zelf kan overdragen of dat crediteuren van de begunstigde daar aanspraak op maken. Vanzelfsprekend kan de begunstigde over reeds ontvangen uitkeringen vrijelijk beschikken en zijn de reeds ontvangen uitkeringen voor beslag vatbaar. Onderdeel e is bedoeld om een wettelijke basis te geven voor het voldoen aan niet bindende verzoeken, al dan niet in de vorm van in de trustpraktijk gehanteerde "letters of wishes"."

heden kunnen altijd aan iedere trustee worden verleend, ongeacht of er sprake is van een 'fixed' of een 'discretionary' trust. Het type trust is voor de toekenning van bevoegdheden aan de trustee aldus in alle gevallen irrelevant. Dat de trustee bij de 'discretionary' trust een discretionaire bevoegdheid heeft om uiteindelijk vast te stellen welke potentiële beneficiaries daadwerkelijk worden aangewezen als begunstigde en wat de aard en omvang van hun belang is in het trustfonds, doet hier niet aan af.[381/382]

4.2 Niet in de wet geregelde rechten en bevoegdheden

4.2.1 De rechten en bevoegdheden die niet onverenigbaar zijn met het bestaan van de trust

De Curaçaose wetgever heeft voor de insteller de mogelijkheid gecreëerd om zich op grond van art. 3:127 lid 3 BWC[383] bepaalde rechten en bevoegdheden voor te behouden ten aanzien van de trust.[384] Tevens is het mogelijk dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft. Het voorgaande is krachtens de wet niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het bestaan van de trust.

Het Curaçaose trustrecht heeft met de introductie van art. 3:127 lid 3 BWC – naast de reeds gegeven mogelijkheden in de huidige wet om rechten en bevoegdheden aan de in de trustakte genoemde personen toe te kennen – expliciet de mogelijkheid voor de insteller geschapen om zich bepaalde rechten en bevoegdheden voor te behouden. Welke rechten en bevoegdheden de insteller van een trust zich precies kan voorbehouden, is niet geheel duidelijk en de memorie van toelichting geeft hierover evenmin uitsluitsel. Door een toelichting ten aanzien van het bepaalde in art. 3:127 lid 3 BWC achterwege te laten, heeft de wetgever in mijn ogen ongewenst veel ruimte open gelaten voor diverse interpretaties en verhoogt dit het risico op misbruik van het trustrecht.

De voornoemde wetsbepaling geeft de insteller als zodanig veel ruimte om rechten en bevoegdheden aan zichzelf toe te kennen die hij naar eigen goeddunken kan invullen. Het gevaar hiervan ligt in het feit dat de insteller de rechten en bevoegdheden die hij aan zichzelf verleent, op zodanige wijze vorm kan geven dat hij nochtans volledig de regie blijft behouden over de goederen die hij onder trustverband heeft geplaatst. De toekenning van verregaande rechten en bevoegdheden door de insteller aan zichzelf zonder formeel rechthebbende te zijn van de goederen, kan een ernstige inbreuk op het eigendomsrecht van de trustee als zodanig impliceren. Men denke bijvoorbeeld aan

381 Zie in dit kader paragraaf 2.5.8.2.
382 Zie voor de voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.1.
383 Art. 3:127 lid 3 is ontleend aan art. 2 lid 3 HTV.
384 Deze situatie is mogelijk, zolang de insteller niet tevens als trustee optreedt.

het geval waarbij de trustee voor iedere handeling toestemming dient te vragen aan de insteller of de situatie waarin de insteller als zodanig een combinatie van rechten en bevoegdheden die normaliter toekomen aan zowel de trustee als de begunstigde, aan zichzelf toekent. Bij verreikende rechten en bevoegdheden van de insteller, kan de lijn tussen de rechten en bevoegdheden van de insteller, de trustee en de begunstigde dusdanig vaag worden, dat het gevolg is dat in strijd kan worden gehandeld met de fundamentele beginselen van het trustrecht. Dit kan resulteren in misbruik van recht of bevoegdheid, dan wel het in gevaar brengen van de posities van derden die bij de trust zijn betrokken.

Voorts verbaast het mij dat de Curaçaose wetgever een bepaling van internationaal privaatrecht in het materiële trustrecht heeft geïntroduceerd, terwijl deze bepaling uit het HTV woordelijk is overgenomen en deze een geheel ander doel en een andere functie dient dan hetgeen de trustwetgeving in het Curaçaose Burgerlijk Wetboek voor ogen heeft.[385/386] Aangezien het internationaal privaatrecht en in het bijzonder het internationaal trustrecht geen regels van materieel privaatrecht geeft en het HTV voor een ruime omschrijving kiest, is een wetsbepaling als art. 3:127 lid 3 BWC naar mijn mening voor het Curaçaos materieel recht geen geschikt uitgangspunt. Een concrete wetsbepaling in de Curaçaose trustwetgeving is in mijn ogen juist noodzakelijk teneinde verkeerde interpretaties van de rechtstoepasser te voorkomen.

Ten slotte stipuleert art. 3:127 lid 3 BWC dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft. Deze wetsbepaling is echter een doublure ten opzichte van art. 3:134 lid 3 BWC, waarin is bepaald dat de trustee eveneens als begunstigde kan worden aangewezen, doch niet de enige begunstigde kan zijn. Een dergelijke regeling is derhalve overbodig.[387]

4.2.2 De overige niet wettelijke trustrechtelijke rechten en bevoegdheden

Naast de eerder beschreven wettelijke rechten en bevoegdheden, is door het flexibele karakter van de Curaçaose trustwetgeving verdedigbaar dat er eveneens sprake kan zijn van rechten en bevoegdheden die enkel bij trustakte kunnen worden gecreëerd. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de insteller de bevoegdheid heeft voorbehouden om begunstigden gedurende

385 Over art. 2 lid 3 HTV waaraan art. 3:127 lid 3 BWC is ontleend zegt de toelichting op het HTV het volgende: "This paragraph [lid] makes it clear that, contrary to the 'traditional image of the trusts, the roles of the different persons involved may be mingled. Indeed, the settlor of the trust does not necessarily dissapear completely; he may still retain for himself certain decisions." Zie: A.E. von Overbeck, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention*, HCCH Publications 1985, p. 380.

386 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 1-7.

387 Zie voor de voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.13.

het bestaan van de trust aan te wijzen.[388] Ook in gevallen waarbij de insteller zich rechten en bevoegdheden bij trustakte kan voorbehouden dient ertegen te worden gewaakt dat er niet in strijd met de algemene beginselen van het burgerlijk en het trustrecht, dan wel in strijd met het gesloten stelsel van het Curaçaos goederenrecht wordt gehandeld.

5 AFSLUITEND

In dit hoofdstuk is de Curaçaose trust en de rechtsgevolgen hiervan uitvoerig geanalyseerd. De Curaçaose wetgever heeft anders dan het Anglo-Amerikaanse recht, enkel gekozen om de 'express' trust in het BWC te introduceren.

Geconcludeerd kan worden dat de Curaçaose trust voor wat betreft de rechtsgevolgen en de wijze waarop deze functioneert, overeenkomsten toont met de Anglo-Amerikaanse trust. Er zijn echter ook verschillen vanwege het contrast tussen het 'common law' rechtssysteem en het Curaçaose rechtssysteem dat gestoeld is op het continentale recht. Daarnaast blijkt dat de Curaçaose trustwetgeving een aantal tekortkomingen heeft die tot heden niet zijn herzien door de wetgever. Mede gelet hierop, functioneert de Curaçaose trust thans niet naar behoren met alle negatieve gevolgen van dien.

388 De bevoegdheid tot de aanwijzing van begunstigden is in zekere zin vergelijkbaar met de aanwijzing van een begunstigde van een sommenverzekering ex art. 7:966 BWC.

4 De problemen in het Curaçaose trustrecht: tijd voor reparatiewetgeving

1 INLEIDING

Alhoewel Curaçao – als eerste 'civil law' land binnen het Koninkrijk – na een voorbereidingsfase van tien jaar de spits heeft afgebeten met een eigen trustwetgeving, staat de Curaçaose trust elf jaar na dato nog altijd in de kinderschoenen. Niet voor niets merkte de Engelse rechtsgeleerde Hayton het volgende op: "*Like an elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognise*".[1] De uitspraak van Hayton illustreert dat de uiteenzetting van de trust lastig is en dat het inpassingsproces van de van oorsprong Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur complex kan zijn voor het continentale recht. Ondanks de moedige pogingen van de Curaçaose wetgever om de Anglo-Amerikaanse trust zo goed mogelijk te implementeren, zijn er – zoals uit het voorgaande hoofdstuk is gebleken – fundamentele problemen gesignaleerd die thans een goede werking van de Curaçaose trust belemmeren.

In het licht van het bovenstaande zullen in dit hoofdstuk allereerst in paragraaf 4.2 de standpunten over de Curaçaose trust en de Curaçaose trustwetgeving in de rechtsliteratuur worden bediscussieerd. Vervolgens zullen in paragraaf 4.3 de fundamentele problemen die in hoofdstuk 3 zijn gesignaleerd, nogmaals kort worden besproken. Ook zal een aantal niet fundamentele problemen dat niet in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen doch wel belangrijk is voor de goede werking van de Curaçaose trust, in paragraaf 4.3 de revue passeren. Voor zowel de fundamentele als de niet fundamentele problemen wordt een aantal oplossingen aangedragen ter verbetering van de werking van de Curaçaose trust.

2 DE DISCUSSIE OVER DE CURAÇAOSE TRUST IN DE RECHTSLITERATUUR

2.1 De wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee

In paragraaf 3.3.3.4 is reeds uiteengezet dat de 'inter vivos' trust op twee wijzen in het leven kan worden geroepen, namelijk door een overdracht ten

---

1 D.J. Hayton, 'Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 3.

titel van trust dan wel door middel van een eenzijdige verklaring van trust oftewel de 'declaration of trust'. Ten tijde van de invoering van de trustfiguur in het Curaçaose recht is – door de onduidelijkheid en het dubbelzinnige taalgebruik van de Curaçaose wetgever in de wet en in de memorie van toelichting – in de Curaçaose literatuur een polemiek ontstaan tussen een aantal (lokale) rechtsgeleerden over de uitleg van de wijze van toevertrouwen en verkrijging van de trustgoederen door de trustee en het karakter hiervan. Als gevolg van de discussie die losbrak in onder andere de vaktijdschriften als het CJB en het WPNR zijn er twee kampen ontstaan die uiteenlopende visies hebben omtrent dit onderwerp.

In het onderstaande zullen de argumenten van beide kampen die in de literatuur zijn bediscussieerd worden uiteengezet en besproken.

2.1.1 De opvattingen van De Boer, Bergervoet, Mansur en Burgers[2]

2.1.1.1 De opvatting van De Boer in het WPNR en op het Seminar Curaçao trust in de praktijk

In het speciaal uitgegeven nummer van het WPNR over de Curaçaose trust in 2012 heeft De Boer een uiteenzetting gegeven over de Curaçaose trustwetgeving. In de desbetreffende uiteenzetting heeft De Boer zijn standpunt over de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee – indien een 'inter vivos' trust in het leven wordt geroepen – op de volgende wijze toegelicht:

> "Het is mogelijk dat de insteller zelf trustee wordt ('declaration of trust'). Hieraan komt geen levering te pas (maar wel een instelling bij notariële akte en registratie van de nieuwe hoedanigheid). Is de trustee niet tevens insteller, dan ligt het voor de hand om aan te nemen dat de voor het trustvermogen bestemde goederen aan de trustee moeten worden overgedragen. De trustregeling bepaalt echter uitdrukkelijk dat een toetredende of opvolgende trustee van rechtswege onder algemene titel verkrijgt.
>
> Een plausibele systematische uitleg kan daarom zijn dat ook de in de (notariële) trustakte vermelde trustee van rechtswege en onder algemene titel het in de trustakte omschreven trustvermogen verkrijgt. (…) Of de trustee rechthebbende wordt door levering of van rechtswege onder algemene titel zou fiscale consequenties kunnen hebben."[3]

2 Omwille van de lengte worden enkel de argumenten in het WPNR behandeld. Indien de argumenten in het WPNR overeenkomen met hetgeen is geschreven in het CJB wordt er wel naar het CJB verwezen.

3 J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 288.

Zoals uit het bovenstaande blijkt, geschiedt de verkrijging van de trustgoederen door een derde die trustee wordt bij de totstandkoming van de trust volgens De Boer niet alleen via een overdracht, doch is het evenzeer verdedigbaar dat de trustee in dat geval de trustgoederen van rechtswege verkrijgt. Deze zienswijze is niet juist.

Zoals reeds in paragraaf 2.4.5.2 is aangegeven, komt een 'inter vivos' trust naar Anglo-Amerikaans recht tot stand door middel van een '*transfer in trust*' ofwel een overdracht in trustverband, indien de trustee een derde is. Het Anglo-Amerikaanse recht kent bij de instelling van de trust géén verkrijging onder algemene titel.[4] Wanneer de Curaçaose trust in dit specifieke geval conform het Anglo-Amerikaanse recht wordt geïnterpreteerd, dient de totstandkoming van de 'inter vivos' trust naar Curaçaos recht – om hetzelfde effect als in het Anglo-Amerikaanse recht binnen het Curaçaose rechtssysteem te bewerkstelligen – te allen tijde door middel van een overdracht ex art. 3:84 BWC te geschieden.[5] Voorts is thans de heersende leer in de literatuur dat enkel de in art. 3:80 lid 2 BWC genoemde wijzen van verkrijging onder algemene titel zijn toegestaan, hetgeen het gesloten stelsel van het Curaçaose goederenrecht tot uitdrukking brengt.[6] Gelet op het feit dat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust niet in de voornoemde bepaling voorkomt, is de verkrijging van trustgoederen onder algemene titel thans uitgesloten.[7] Ten slotte zou de trustee – indien hij krachtens de wet de trustgoederen onder algemene titel zou kunnen verkrijgen – de positie van de insteller als rechthebbende, waarbij zowel de formele beschikkingsmacht als het economisch belang van een goed voorafgaand aan de instelling van de Curaçaose trust in één persoon is verenigd, volledig moeten voortzetten.[8] Dit zou onder meer impliceren dat de persoonlijke verplichtingen van de insteller ten aanzien van een goed zouden overgaan op de trustee en dat hij tevens het economische belang

4 Zie paragraaf 2.4.10.

5 Zie tevens het nieuwe art. 3:127 lid 4 BWC.

6 Betoogd zou kunnen worden dat, gelet op het feit dat thans krachtens de wet mogelijk is om op privaatrechtelijke wijze te verkrijgen onder algemene titel – men denke hierbij bijvoorbeeld aan art. 4:189 BWC of art. 7:834 lid 1 BWC – zonder dat dit genoemd wordt in art. 3:80 lid 2 BWC, de opsomming in art. 3:80 lid 2 BWC niet limitatief is. Vgl. hiervoor: S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 199a. Vgl. voorts: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 59-60.

7 In dezelfde zin: M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 292-293. Zie ook de opvatting van Bergervoet en Mansur in de navolgende paragraaf.

8 M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 729-730. Zie ook: S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 199-200; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 60; art. 3:116 BWC.

van de goederen zou verkrijgen. Dit geschiedt geenszins bij de instelling van de Curaçaose trust. Vanwege het wezen van de trust en het goederenrechtelijke effect van het trustverband, worden aan de trustee in het kader van het beheer van trustgoederen bijzondere beheersverplichtingen opgelegd en beheersbevoegdheden toegekend, opdat hij kan optreden ten behoeve van (potentiële) begunstigden c.q. ter verwezenlijking van een omschreven doel. Van de verkrijging van een economisch belang of een gebondenheid van de trustee aan de persoonlijke verplichtingen van zijn rechtsvoorganger, de insteller, als gevolg van een rechtsovergang, is derhalve geen sprake.[9] Op grond van het bovenstaande is bij de instelling van de Curaçaose trust enkel een overdracht ten titel van trust aan de beoogde trustee die een derde is mogelijk en kan de beoogde trustee op geen enkele wijze de trustgoederen van rechtswege en onder algemene titel verkrijgen zoals door De Boer wordt bepleit.

Met betrekking tot de instelling van een 'inter vivos' trust door middel van de 'declaration of trust', ofwel de eenzijdige verklaring van trust, merkt De Boer op dat er geen levering aan te pas komt, "*maar wel een instelling bij notariële akte en registratie van de nieuwe hoedanigheid*". Ik deel deze opvatting volledig met De Boer, hoewel deze inkleding van de eenzijdige verklaring van trust thans naar Curaçaos recht niet mogelijk is.[10] Een expliciete wettelijke basis die de creatie van het goederenrechtelijke trustverband via een enkele eenzijdige verklaring en daarmee de splitsing van de formele beschikkingsmacht en het (economisch) belang bij een goed naar Curaçaos trustrecht mogelijk maakt, ontbreekt.[11]

In het licht van het seminar 'Curaçao Trust in de Praktijk' heeft De Boer opnieuw een artikel over de Curaçaose trust geschreven en zijn opvatting daarin lijkt af te wijken van zijn aanvankelijk ingenomen standpunt. Hij licht de verkrijging van de trustgoederen door de trustee als volgt toe:

> "Naar een redelijke uitleg van de regeling, mede gelet op wat lijkt te gelden naar Anglo-Amerikaans recht:
> - moet het trustvermogen aan de initiële trustee, niet zijnde de insteller, worden overgedragen (met toepassing van de regels in afdeling 2 van titel 4 van Boek 3 BW);
> - verkrijgt de insteller die zelf trustee wordt ('declaration of trust') het trustvermogen zonder overdracht (van rechtswege onder algemene titel) in zijn nieuwe hoedanigheid. (sic)"[12]

9 Overigens zou de verkrijging onder algemene titel botsen met het wezen van de trust en hetgeen het trustverband beoogt te bewerkstelligen. Een verkrijging onder bijzondere titel, in casu de overdracht ten titel van trust, zou deze botsing kunnen voorkomen.

10 Zie paragraaf 3.3.3.4.

11 Zie paragraaf 3.3.3.4.

12 J. de Boer, 'Inleiding Curaçaose trust' (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 1.

Ik zou De Boer erop willen wijzen dat wanneer een 'inter vivos' trust naar Anglo-Amerikaans recht in het leven wordt geroepen door middel van een 'declaration of trust', er in continentale begrippen nimmer sprake kan zijn van een verkrijging onder algemene titel (ook niet onder bijzonder titel). Immers, er vindt geen verschuiving van de trustgoederen plaats tussen de insteller en de trustee als zodanig. De insteller is reeds rechthebbende van de onder trustverband geplaatste goederen en derhalve vindt naar Anglo-Amerikaans goederenrecht geen *eigendomsovergang* plaats.[13] De insteller geeft enkel in de 'declaration of trust' een wijziging van hoedanigheid, zij het dat aan hem krachtens het trustverband beheersverplichtingen worden opgelegd en beheersbevoegdheden worden verleend.

Verder schrijft De Boer:

> "Artikel 3:145 lid 1 bepaalt uitdrukkelijk dat een later opvolgende of toetredende trustee het trustvermogen van rechtswege onder algemene titel verkrijgt. Op basis hiervan wordt wel verdedigd dat ook de initiële trustee, niet zijnde de insteller, van rechtswege onder algemene titel verkrijgt. Ik meen echter dat dit nimmer de bedoeling was. Aan deze uitleg staat overigens de rechtszekerheid niet in de weg, want in de notariële trustakte moet het trustvermogen worden omschreven (art. 3:130 lid 3 onder d) en de trustee moet worden vermeld met diens aanvaarding (onder b).
>
> De bestaande onzekerheid is hoogst onwenselijk voor de praktijk. De wetgever zou de knoop moeten doorhakken. Ook moet onder ogen worden gezien of het fiscaal wel wenselijk is dat de 'declaration of trust' leidt tot overgang van rechtswege en onder algemene titel. Als iemand zijn in Curaçao gelegen onroerende zaak in een stichting particulier fonds (SPF) onderbrengt, kan dit slechts door overdracht en is overdrachtsbelasting verschuldigd. Is het wenselijk dat een insteller zijn onroerende zaak door een 'declaration of trust' in een trust kan onderbrengen zonder deze belasting te hoeven betalen?
>
> De beste oplossing is m.i. dat de wetgever uitdrukkelijk bepaalt dat, afgezien van latere opvolging en toetreding van een trustee, het trustvermogen altijd moet worden overgedragen. Doordat de notaris in de trustakte toch al het trustvermogen moet omschrijven (ar. 3:130 lid 3 onder e), levert overdracht geen praktische problemen op. Deze oplossing kan worden bewerkstelligd door aan art. 3:127 een vierde lid toe te voegen (…)"[14]

Ik kan me niet vinden in het bovenstaande commentaar over de eenzijdige verklaring van trust en de voorgestelde oplossing van De Boer. Zoals in paragraaf 3.3.3.4 reeds is uiteengezet, is het voor de insteller onmogelijk om de onder trustverband geplaatste goederen aan zichzelf over te dragen, van-

13 Zie paragrafen 2.4.5.2 en 2.4.10.

14 J. de Boer, *Inleiding Curaçaose trust*, (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 2. Voor de bespreking van het vierde lid van art. 3:127 BWC zie paragraaf 3.3.3.3.

wege het feit dat ook naar Curaçaos trustrecht de instelling van de trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust niet leidt tot een *eigendomsovergang*. Een eigendomsovergang in het kader van de instelling van de trust is mijns inziens uitsluitend gericht op de vermogensverschuiving van de insteller naar de trustee, teneinde aan de trustee als nieuwe rechthebbende – die niet dezelfde persoon is als de insteller – de macht over het desbetreffende trustgoed te verschaffen. Met een eigendomsoverdracht wordt in de visie van De Boer getracht een verschuiving van de trustgoederen te bewerkstelligen, terwijl de insteller ingeval van een eenzijdige verklaring van trust reeds de rechthebbende is van deze goederen en hierover al de formele beschikkingsmacht heeft. Hetgeen De Boer in casu lijkt te miskennen is het feit dat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de Curaçaose trust en de rechtshandeling strekkende tot de overdracht van trustgoederen op zichzelf staande rechtshandelingen zijn die bij de instelling van de trust samengaan. Met de eenzijdige verklaring van trust wordt louter de creatie van het goederenrechtelijke trustverband gerealiseerd dat op de aangewezen goederen komt te rusten. Een rechtshandeling strekkende tot overdracht teneinde in casu het trustverband te creëren, is mijns inziens derhalve zinloos en zelfs goederenrechtelijk onmogelijk.

Voorts zou een overdracht aan zichzelf in de notariële praktijk omslachtig zijn. Stel dat een onroerende zaak onder trustverband wordt geplaatst. Indien de oplossing van De Boer in de notariële praktijk wordt gebracht, zal de inschrijving van de leveringsakte in de openbare registers ex art. 3:89 BWC leiden tot administratieve rompslomp en onnodige kosten. De desbetreffende onroerende zaak die in de openbare registers reeds op naam van de insteller staat, wordt door een overdracht 'aan zichzelf' opnieuw op naam van de insteller – terwijl hij niet is opgehouden rechthebbende van de goederen te zijn – ingeschreven bij het Kadaster, met nu enkel een aantekening dat de persoon van de insteller in de hoedanigheid van trustee de trustgoederen beheert. Indien er een expliciete wettelijke basis in de Curaçaose trustwetgeving wordt opgenomen voor de eenzijdige verklaring van trust, kan dit probleem eenvoudigweg worden opgelost door na het opmaken van de notariële trustakte slechts de wijziging van de hoedanigheid ingevolge artikel 3:17 lid 1 sub a BWC in de openbare registers in te schrijven.

Ten slotte betoogt De Boer dat het plaatsen van een onroerende zaak onder trustverband door middel van een eenzijdige verklaring van trust in de praktijk onwenselijk is, gezien het feit dat dit niet als een overdracht kan worden aangemerkt en derhalve niet onderworpen is aan de overdrachtsbelasting. Om dit probleem te ondervangen, dient de Curaçaose wetgever mijns inziens een bepaling in de wetgeving omtrent de overdrachtsbelasting op te nemen – een wettelijke fictie – inhoudende dat bij de instelling van een Curaçaose trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust overdrachtsbelasting wordt geheven. Met andere woorden, de instelling van de 'inter vivos' trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust is civielrechtelijk niet te beschouwen als

een overdracht, terwijl dat voor de overdrachtsbelasting wel wordt geacht een overdracht te zijn.

2.1.1.2 De opvatting van Bergervoet & Mansur

Naast de uiteenzetting van De Boer over de Curaçaose trust hebben Bergervoet en Mansur in hetzelfde nummer van het WPNR de werking van de Curaçaose trust in de praktijk besproken. In hun bijdrage stellen ze zich op het standpunt dat – ingeval een 'inter vivos' trust wordt ingesteld – het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee dient te geschieden door middel van een overdracht en dat de trustee derhalve de trustgoederen verkrijgt onder bijzondere titel. Zij verwoorden hun standpunt als volgt:

> "De MvT stelt dat de overdracht van het trustvermogen niet bij de trustakte hoeft te geschieden. Het trustvermogen kan, vooruitlopend op de trustakte, reeds aan de toekomstige trustee in trust zijn geleverd, zowel door een derde als door hemzelf. De MvT gaat er derhalve vanuit dat voor de inbreng van de goederen in het trustvermogen (sic) een overdracht vereist is."[15]

Ten eerste betogen Bergervoet en Mansur ter staving van hun standpunt dat een overdracht van hetgeen onder trustverband wordt geplaatst, binnen het (gesloten) goederenrechtelijke systeem van het Curaçaose goederenrecht past.[16]

Met het standpunt en het bovengenoemde argument van Bergervoet en Mansur ben ik het volledig eens, zolang een derde trustee wordt. Indien het Curaçaose recht in overeenstemming met het Anglo-Amerikaanse recht wordt geïnterpreteerd, kan het toevertrouwen van de trustgoederen aan de derde die trustee wordt – zoals in het bovenstaande reeds is aangekaart – enkel geschieden door een overdracht. Deze wijze van toevertrouwen is derhalve niet strijdig met het gesloten systeem van het Curaçaose goederenrecht.

Over de titel waarop de overdracht dient te berusten zeggen zij het volgende:

> "De titel voor de overdracht zal meestal schenking zijn, maar zal in principe afhangen van de reden van het instellen van een trust."[17]

Deze uitspraak geeft naar mijn mening blijk van onvoldoende kennis over de totstandkoming van de Curaçaose trust en de kwalificatie van de rechtshan-

---

15 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 292.

16 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 292. Bergervoet en Frielink noemen tevens dit argument in hun artikel in het CJB. Zie hiervoor: M. Bergervoet & K. Frielink, 'Reactie op het artikel van notaris Burgers', *CJB* 2012/2, p. 107-108.

17 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 292-293.

deling strekkende tot de instelling hiervan. Zoals in paragrafen 3.3.3.4 en 3.3.3.5 is aangestipt, ligt de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust ten grondslag aan de overdracht en dient zij als een op zichzelf staande titel te worden beschouwd. De titel van overdracht bij de instelling van de trust naar Curaçaos recht kan derhalve nimmer 'schenking' zijn. De titel van overdracht is evenmin afhankelijk van de reden van het instellen van een trust. Indien de insteller een 'inter vivos' trust tot stand wil brengen, dient hij aan een aantal materiële vereisten voor de totstandkoming te voldoen wil er sprake zijn van een rechtsgeldige trust naar Curaçaos recht.[18] Daarnaast moet er aan het formele vereiste worden voldaan, welke inhoudt dat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust – waaronder de intentie van de insteller om een trust in het leven te roepen – gegoten moet worden in de vorm van een notariële akte.[19] Gelet op het feit dat de materiële en formele vereisten in één notariële trustakte zijn vervat en de voornoemde intentie – die bepalend is voor de totstandkoming van de Curaçaose trust – een eenzijdige rechtshandeling behelst, impliceert dit dat uitsluitend de notariële trustakte als titel van overdracht fungeert en dat de instelling van de trust naar Curaçaos recht derhalve – anders dan de schenking – niet als een overeenkomst kan worden beschouwd. Dat de insteller en de trustee onderling afspraken maken om een 'inter vivos' trust tot stand te brengen of dat de verwerving van de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies door de begunstigde in bepaalde gevallen kan worden aangemerkt als een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC, doet hier in casu niets aan af. Indien de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust naar Curaçaos recht als een overeenkomst tussen de insteller en de trustee zou worden geclassificeerd, zou de trustee bij een schending van zijn trustrechtelijke verplichtingen wanprestatie plegen jegens de insteller. Dientengevolge zou de insteller als zodanig een aantal rechten die de (potentiële) begunstigde heeft krachtens het trustrecht, kunnen uitoefenen op grond van een contractuele schending door de trustee, terwijl na de totstandkoming van de trust deze rechten uitsluitend door de (potentiële) begunstigde kunnen worden uitgeoefend. Bij de instelling van de trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust, oftewel een 'declaration of trust' zou dit betekenen dat de insteller de rechten die aan de (potentiële) begunstigden toekomen, jegens zichzelf zou moeten uitoefenen, hetgeen de facto ongewenst en praktisch onmogelijk is. Dit alles is in strijd met het wezen en de werking van de trust.[20]

18 Zie paragraaf 3.3.3.1.

19 Zie paragraaf 3.3.4.

20 M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 21-35; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 38; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 18-23. Zie ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 143-145.

Wordt een derde trustee, dan is er enkel in de overdrachtsfase sprake van een goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht als onderdeel van de levering, gezien het feit dat de medewerking van de beoogde trustee als verkrijger in deze fase noodzakelijk is.[21] De overdracht ten titel van trust naar Curaçaos recht behelst aldus – in tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse recht – een meerzijdige rechtshandeling.[22]

Ten tweede bekritiseren Bergervoet en Mansur de redenering van De Boer dat naar een plausibele systematische uitleg de in de notariële trustakte vermelde trustee in plaats van een overdracht "*het in de trustakte omschreven trustvermogen*" van rechtswege en onder algemene titel kan verkrijgen.[23] Zij beargumenteren dat de opsomming in artikel 3:80 lid 2 BWC, die bepaalt in welke gevallen men goederen onder algemene titel kan verkrijgen, limitatief is bedoeld.[24]

Voor wat betreft de opvolging en de toetreding van de trustee die ingevolge artikel 3:80 BWC onder algemene titel plaatsvindt, merken zij het volgende op:[25]

> "Met de invoering van de Landsverordening Trust is [artikel 3:80 BWC] alleen zodanig gewijzigd dat enkel is toegevoegd: "alsmede door opvolging of toetreding als trustee".
>
> Toetreding wijst er naar onze mening op dat er al een andere trustee in functie is. De wet heeft het bij de eerste keer in functietreden van de trustee namelijk over benoemen. Bij een opvolging of toetreding als trustee lijkt het ook logisch dat de wetgever er voor heeft gekozen om dit onder algemene titel te laten geschieden. Er is dan immers sprake van een rechtsopvolging in het afgescheiden trustvermogen. Dit in tegenstelling tot inbreng van goederen onder trustverband."[26]

Vervolgens betogen zij dat:

---

21 Zie voor de behandeling van de goederenrechtelijke overeenkomst: S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 223-224; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 126-133; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 115; H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties*, Bju 2019, p. 130-135.

22 Zie ook paragraaf 3.3.3.4.

23 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 293.

24 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 293.

25 Bergervoet en Frielink redeneren eveneens op deze wijze in hun CJB artikel. Zie hiervoor: M. Bergervoet & K. Frielink, 'Reactie op het artikel van notaris Burgers', *CJB* 2012/2, p. 108-109.

26 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 293.

> "De insteller kan er voor kiezen om een bepaald goed onder trustverband te brengen en van een rechtsopvolging in een geheel of een gedeelte van het vermogen van de insteller is derhalve geen sprake.
>
> Bovendien wordt een overgang onder algemene titel gekenmerkt door één moment van overgang. De overdracht van het trustvermogen kan op verschillende momenten plaatsvinden en zal niet noodzakelijkerwijs bij het instellen van de trust behoeven te geschieden."[27]

Over de inkleding van de eenzijdige verklaring van trust naar Curaçaos recht argumenteren Bergervoet en Mansur het volgende:

> "De insteller verklaart zichzelf trustee ten behoeve van bepaalde begunstigden zonder dat er sprake is van overdracht van de trustgoederen. Het is echter de vraag of dit ook opgaat onder het recht van Curaçao. De juridische eigendom gaat immers over naar een ander vermogen, namelijk van het privévermogen van de trustee naar het vermogen van de trustee in die hoedanigheid. In dit verband zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de inbreng van goederen in het vermogen van een personenvennootschap (in Curaçao) of vennootschap onder firma (in Nederland). Wil een goed in goederenrechtelijke zin tot dat vermogen gaan behoren dan moet er aan de leveringsvereisten voldaan zijn."[28]

De voornoemde opvatting van de auteurs over de inkleding van de eenzijdige verklaring van trust deel ik niet. Zoals ik eerder reeds heb aangegeven, is het voor de insteller noch naar Anglo-Amerikaans recht noch naar Curaçaos recht mogelijk om de onder trustverband geplaatste goederen aan zichzelf over te dragen.[29] Dit betekent dat de voor de overdracht vereiste levering – die een verschuiving van de goederen van de insteller naar de trustee bewerkstelligt – evenmin kan geschieden. Door het plaatsen van de goederen onder trustverband door middel van een eenzijdige verklaring van trust behoudt de insteller zowel zijn eigendomspositie als de formele beschikkingsmacht over de goederen die hij reeds vóór de totstandkoming van de trust had. Derhalve is er géén sprake van een 'verhuizing van de juridische eigendom van het privévermogen van de trustee naar het vermogen van de trustee in die hoedanigheid'.

Voorts is de zienswijze van beide auteurs omtrent de mogelijkheid om trustgoederen op verschillende momenten toe te vertrouwen aan de (beoogde) trustee voorafgaand aan de instelling van de trust, naar mijn mening onjuist. Reeds in paragraaf 3.3.3.3 is betoogd dat de rechtsgevolgen die aan de instelling van de Curaçaose trust zijn verbonden, pas intreden op het moment dat de rechtshandelingen tot de instelling van de trust en strekkende tot de overdracht van de beoogde trustgoederen op hetzelfde tijdstip worden verricht

27 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 293.
28 M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 293.
29 Zie paragrafen 2.4.4.2 en 3.3.3.3.

en het trustverband ten gevolge hiervan op de aangewezen goederen komt te rusten. Dientengevolge kan de overdracht tussen de persoon die voornemens is een Curaçaose trust in te stellen en de beoogde trustee vóór de instelling van de trust niet aangemerkt worden als een overdracht ten titel van trust en kan nimmer gesproken worden van 'trustgoederen'.

Ten derde vergelijken Bergervoet en Mansur de wijze van toevertrouwen in het Curaçaose trustrecht met de inbreng van goederen in een personenvennootschap. Deze vergelijking is mijns inziens geheel misplaatst. Bij een personenvennootschap wordt het *afgescheiden vermogen* van de personenvennootschap gevormd door middel van "*levering van het betrokken goed aan de vennoten die gerechtigd zijn of zullen zijn tot de vennootschappelijke gemeenschap*".[30] Als gevolg hiervan vindt er tussen de vennoten op grond van een daartoe strekkende *overeenkomst* – in tegenstelling tot het toevertrouwen krachtens een eenzijdige verklaring van trust – wel een wijziging plaats van de onderlinge gerechtigdheid tot de ingebrachte goederen.[31] De vennoot die de juridische eigendom van een goed inbrengt hoeft hierbij – anders dan Bergervoet en Mansur doen geloven – niet opnieuw aan zichzelf te leveren.[32] Daarnaast lijken zij – evenals De Boer – voorbij te zijn gegaan aan het gegeven dat het afgescheiden geheel van trustgoederen en de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde ontstaat als gevolg van het feit dat het trustverband dat op de aangewezen goederen is komen te rusten, goederenrechtelijke werking heeft. De levering van de aangewezen goederen aan de trustee als uitvoeringshandeling is slechts onderdeel van één van de twee beschikkingshandelingen[33] die moeten worden verricht – de overdracht ten titel van trust – teneinde de totstandkoming van de trust en daarmee de creatie van het trustverband te realiseren. Dit impliceert echter niet dat de levering *an sich* de oorzaak is van de goederenrechtelijke werking van het trustverband en daarmee de oplegging van beheersverplichtingen, de toekenning van

---

30 M.J.A. van Mourik, 'Inbreng', in: G. van Solinge e.a., *Personenvennootschappen* (Preadvies Vereeniging Handelsrecht 2003), Deventer: Kluwer 2003, p. 140. Vgl. ook: M. van Olffen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2022, nrs. 36, 149-197.

31 M.J.A. van Mourik, 'Inbreng', in: G. van Solinge e.a., *Personenvennootschappen* (Preadvies Vereeniging Handelsrecht 2003), Deventer: Kluwer 2003, p. 140; N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 198. Zie ook commentaar van Burgers onder c.

32 Vgl. P.P.D. Mathey-Bal, *De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 97)(diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2016, par. 3.3.4.1.

33 Het betreft de volgende twee beschikkingshandelingen:
(1) De rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust; en
(2) De rechtshandeling strekkende tot de overdracht van de aangewezen goederen aan de (beoogde) trustee.

beheersbevoegdheden en het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de begunstigde. Ten slotte bestaat het afgescheiden vermogen van een personenvennootschap uit goederen en de daaraan verbonden schulden die voorafgaand aan de inbreng reeds bestonden. Dit is niet het geval voor de goederen die onder trustverband worden geplaatst, gelet op het feit dat de daaraan verbonden schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan, niet onder trustverband kunnen worden geplaatst.

2.1.1.3 De reactie van Burgers op het standpunt van Bergervoet & Mansur

Als reactie op de gepubliceerde bijdrage van Bergervoet en Mansur is er een artikel van Burgers verschenen in het WPNR van 26 mei 2012. Burgers laat zich kritisch uit over het artikel van Bergervoet en Mansur en beweert dat beide schrijvers zijns inziens een verkeerd beeld van de trust hebben.[34] Met betrekking tot de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee verwoordt hij zijn standpunt[35] als volgt:

> "Men kan zich afvragen of de trustee wel eigenaar wordt van het trustvermogen. De wetgever noemt hem in art. 3:127 BWC "rechthebbende".
>
> Hoe wordt die eigenschap van het afgescheiden zijn van het vermogen bereikt? Men dient het instellen van een trust m.i. te zien als een plaatsen van een glazen stolp over het trustvermogen en het aanbrengen van een etiket op die stolp, dat zegt dat de trustee de zeggenschap over dat vermogen heeft. Wanneer men deze beeldspraak voor ogen houdt, zijn de memorie van toelichting en de wetsartikelen "in lijn" met elkaar en komt men tot de conclusie dat er geen sprake is van een levering aan de trustee, doch van een verkrijging door de trustee onder algemene titel met daaraan verbonden de kwaliteit (of zo men wil: de last) van het zijn van trustee, dat blijkens de MVT bij art. 3:136 BWC "niet een gerechtigdheid ten eigen bate, doch ten bate van een of meer anderen" impliceert."[36]

De metafoor van 'de trust als een glazen stolp' die Burgers in het eerste gedeelte van zijn stelling gebruikt om het trustverband dat op de goederen rust weer te geven, is mijns inziens een goede illustratie van de wijze waarop de goederen onder trustverband worden geplaatst. Hij probeert de werking van het trustverband in de vorm van een metafoor onder woorden te brengen. Voor wat betreft het tweede gedeelte van zijn stelling lijkt Burgers de visie van De Boer dat een verkrijging van rechtswege en derhalve onder algemene titel

34 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 409.

35 Voor een bredere uiteenzetting van Burgers' standpunt zie H.Th.M. Burgers, 'Welkom Trust!', *CJB* 2012/2, p. 95-96.

36 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 409.

mogelijk is te delen, doch beschouwt hij – indien de metafoor op een wetssystematische en taalkundige wijze wordt geïnterpreteerd – het toevertrouwen van de trustgoederen als een handeling van eigen aard ongeacht wie trustee wordt. Tegen dat laatste deel heb ik bezwaren.

Op het eerste gezicht lijkt de wijze waarop Burgers de verkrijging van de trustgoederen door de trustee interpreteert plausibel. Echter, bij nader inzien is deze redenering een klassiek voorbeeld van een veelgemaakte fout van de continentale jurist die conform het continentale recht een wetssystematische c.q. taalkundige interpretatie tracht te geven aan de op het Anglo-Amerikaanse recht gebaseerde trustfiguur. Evenals in het Anglo-Amerikaanse recht, heeft de trustee naar Curaçaos recht als gevolg van een overdracht ten titel van trust dan wel door middel van een eenzijdige verklaring van trust de *volle* eigendom van de goederen die onder trustverband zijn geplaatst. Dat de trustee als zodanig optreedt, doet hieraan niet af. Dit impliceert aldus dat, ongeacht het feit of de insteller of een derde trustee wordt, er nimmer sprake kan zijn van een verkrijging van de trustgoederen onder algemene titel met een daaraan verbonden kwaliteit.[37] De rol van de trustee of de 'verbonden kwaliteit' of 'last' zoals Burgers het noemt, komt tot uitdrukking in het trustverband dat de trustrechtelijke rechtsbetrekking die ontstaat tussen de trustee en de begunstigde, vormgeeft.

Om zijn standpunt te ondersteunen wijst Burgers primair op het feit dat de Curaçaose wetgever met het begrip 'in de macht brengen' niet een levering of overdracht heeft beoogd.[38] Hij argumenteert:

> "De MvT bij art. 3:127 BWC legt uit dat definitie en kenmerken van de trust bijna letterlijk gelijk zijn aan de tekst van art. 2 van het Haagse Trustverdrag.
>
> De wetgever koos met opzet voor het in de macht brengen van het trustvermogen. Iedere levering beoogt in beginsel een 'in de macht brengen' van een goed, maar dit wil niet zeggen dat elke vorm van een 'in de macht brengen' een levering is. Dat de wetgever geen levering of overdracht beoogde, moge ook blijken uit het woord "gemakshalve". Waar dus elders in de MvT het woord "overdracht" wordt gebruikt, dient men daaronder te verstaan het "in de macht brengen".
>
> In de toelichting op art. 3:130 BWC staat "De overdracht van het trustvermogen hoeft niet bij de trustakte te geschieden.". Ook hier dient men te lezen "het in de macht brengen" in plaats van "overdracht".
>
> Men vergelijke de situatie dat iemand een vermogen heeft geërfd. Door de vererving is de erfgenaam onder algemene titel eigenaar geworden van de nalatenschap. De goederen behorende tot die nalatenschap kunnen zich in andere handen

37 Zie ook mijn standpunt op dit punt bij de visie van De Boer.

38 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 410.

> bevinden (bv. de auto die in reparatie is bij de dealer). Deze goederen worden dan niet juridisch overgedragen (geleverd) aan de erfgenaam (hij is immers al "van rechtswege" eigenaar geworden onder algemene titel), doch zij worden in zijn macht gebracht (feitelijk overgedragen)."[39]

Voor wat betreft het bovenvermelde argument en de vergelijking van Burgers verwijs ik kortheidshalve naar paragraaf 3.3.3.3 waarin de wijzen van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee en de wijze van interpretatie van het begrip 'in de macht brengen' zijn uiteengezet.

Met betrekking tot de titel van de overdracht en de term 'overdracht' laat Burgers weten zich niet te kunnen vinden in het gebruik van de term 'overdracht' en de bewering van Bergervoet en Mansur dat de titel van overdracht "*meestal een schenking*" is.[40] Hij schrijft:

> "De verkrijging door de trustee als zodanig van het trustvermogen is nooit een schenking. Het is een verkrijging, waarvoor aan het trusteeschap een last is verbonden tot beheer en later afgifte van het trust-vermogen aan de begunstigde. De insteller van de trust heeft niet de bedoeling de trustee als zodanig te bevoordelen. Het trusteeschap is "niet een gerechtigdheid ten eigen bate, doch ten bate van een of meer anderen" (MvT bij art. 3:136 BWC).
>
> De trustee verkrijgt niet het meest volledige recht over het trustvermogen (eigendom), doch een recht dat beperkt is in zijn kwaliteit als trustee. Het is een verschaffen van de macht, zonder de bedoeling de trustee volledig en onbeperkt eigenaar te maken. Dit is principieel zo afwijkend van andere rechtstitels (koop, ruil, schenking, vererving, legaat e.d.) dat men m.i. van een titel sui generis kan spreken."[41]

Hoewel Burgers terecht opmerkt dat de verkrijging door de trustee nimmer krachtens de titel 'schenking' kan geschieden, miskent hij – zoals ik reeds bij de bespreking van zijn stelling heb aangegeven – het feit dat de trustee in het Curaçaose trustrecht de volle eigendom van de trustgoederen heeft en ook moet hebben. Ten gevolge van de trustrechtelijke verplichtingen die op de trustee rusten vanwege het goederenrechtelijke trustverband dat ontstaat op het tijdstip van de totstandkoming van de trust, krijgen de bevoegdheden van de trustee ten aanzien van de trustgoederen – waaronder zijn beschikkingsbevoegdheid – een andere dimensie.

Ten derde voert hij als argument[42] aan dat:

---

39 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 410.

40 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 410.

41 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 410.

42 Burgers herhaalt dit argument in het CJB. Zie in dit kader: H.Th.M. Burgers, 'Welkom Trust!', *CJB* 2012/2, p. 96.

> "De trustwetgever heeft ook bedoeld dat een geheel of een gedeelte van een vermogen wordt verkregen door de trustee. Niet voor niets wordt steeds het woord "trustvermogen" gebruikt in plaats van "goederen". Men vergelijke bovendien art. 3:136 lid 2 sub c BWC, waaruit impliciet blijkt dat het trustvermogen kan bestaan uit een aandeel in een onderneming of een aandeel in een vennootschap (terzijde: waarmee i.c. een personenvennootschap is bedoeld). Een onderneming omvat bezittingen, schulden, langlopende en kortlopende verplichtingen en zij gaan bij het instellen van een trust over die onderneming allemaal over in trust."[43]

In paragraaf 3.3.5.3 is reeds opgemerkt dat het gebruik van de benaming 'trustvermogen' verwarrend is en ten onrechte de schijn doet ontstaan dat naast goederen tevens schulden onder trustverband kunnen worden geplaatst, terwijl dit laatste niet mogelijk is. Dit betekent dan ook dat in het geval van een onderneming uitsluitend de ondernemingsactiva onder trustverband kunnen worden geplaatst. De schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestonden, blijven in beginsel deel uitmaken van het vermogen van de insteller en gaan niet behoren tot het trustfonds. Het bovengenoemde argument toont derhalve aan waarom de term 'trustvermogen' juist dient te worden vermeden.

Ten vierde reageert Burgers op het argument van Bergervoet en Mansur dat de opsomming van art. 3:80 BWC limitatief bedoeld is op de volgende wijze:

> "Het moge zo zijn, dat aanvankelijk bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht de opsomming de wijzen van verkrijging onder algemene titel in art. 3:80 lid 2 BWC (gelijkluidend aan hetzelfde Nederlandse artikel) limitatief was bedoeld, maar met de wijzigingen, die met ingang van 1 januari 2012 in het Curaçaose BW van kracht zijn geworden, is dit principe kennelijk verlaten: men vergelijke art. 7:835 lid 1 BWC, dat bepaalt dat door de omzetting van een personenvennootschap (niet zijnde een rechtspersoon!) haar vermogen onder algemene titel overgaat op de nieuwe rechtspersoon. (sic)"[44/45]

Burgers lijkt in eerste instantie met zijn argument te overtuigen. Het argument dat de in art. 3:80 lid 2 BWC genoemde opsomming niet limitatief is indien een rechtsverkrijging onder algemene titel op privaatrechtelijke wijze overeenkomstig de wet wel mogelijk is doch niet in de voornoemde bepaling is opgenomen, is zeker verdedigbaar.[46] Burgers verzuimt echter het feit dat

---

43 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 410.

44 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 411.

45 In dit kader heeft Burgers wellicht abusievelijk naar de verkeerde wetsbepaling verwezen. Hetgeen waarnaar hij bedoelt te verwijzen is art. 7:834 lid 1 BWC. Het artikel bepaalt: "Door de omzetting wordt de vennootschap ontbonden. Het vermogen van de ontbonden vennootschap gaat onder algemene titel over op de nieuwe rechtspersoon. Vereffening vindt niet plaats."

46 Zie in dit kader voetnoot 6 en de literatuur waarnaar aldaar wordt verwezen.

– anders dan bij de omzetting van een personenvennootschap in een NV of BV – in de Curaçaose trustwet nergens een wetsbepaling voorkomt die de rechtsverkrijging onder algemene titel door de trustee toestaat.[47] Derhalve is hetgeen hij betoogt, in casu niet steekhoudend.

Over de opvolging en toetreding van de trustee onder algemene titel ex art. 3:80 BWC betoogt Burgers[48]:

> "Volgens de auteurs wijst een "toetreding" erop dat er al een andere trustee in functie is en zij motiveren dit met het feit dat de wet bij de eerste keer in functie treden van de trustee spreekt van een "benoemen". Echter een trustee zal altijd benoemd worden, niet alleen de eerste keer, maar ook later.
>
> Benoeming is het deel van de rechtshandeling aan de zijde van de insteller (art. 3:130 lid 3 sub b BWC) of rechter (art. 3:144 lid 7 BWC) of trustee (o.gr.v. art. 3:131 lid 3 sub c BWC) die zijn opvolger benoemt. De trustee van zijn kant moet het trusteeschap aanvaarden. Door die aanvaarding treedt de trustee toe en zonder aanvaarding is er geen trustee en bij het begin van de trust, zelfs geen trust.
>
> De woorden "opvolging of toetreding" (art. 3:145 lid 1 "opvolgende of toetredende trustee") zijn niet identiek. De toetreding geldt ook voor de eerste trustee, en hij verkrijgt dus krachtens de toevoeging aan art. 80 lid 2 BWC onder algemene titel het trust-vermogen, gelijk zijn opvolger."[49]

Met betrekking tot het bovenvermelde argument over de opvolging en de toetreding van de trustee ingevolge art. 3:80 BWC wil ik verwijzen naar het feit dat de instelling van de 'inter vivos' trust en de opvolging c.q. toetreding van de trustee zowel naar Anglo-Amerikaans recht als naar Curaçaos recht compleet uiteenlopende rechtshandelingen zijn die om diverse redenen op verschillende tijdstippen worden verricht. In het eerste geval plaatst de insteller – die na de totstandkoming van de trust behoudens specifieke uitzonderingen niet meer als zodanig betrokken is bij de trust – enkel een aantal goederen onder trustverband die de aangewezen trustee na de verkrijging moet gaan beheren. In het tweede geval vindt het beheer reeds plaats en gaan als gevolg van de vervanging van een bestaande trustee of uitbreiding van de groep der trustees de trustgoederen en de schulden die in het kader van de functie-uitoefening van de trustee zijn gemaakt over op de nieuwe trustee(s). Aangezien deze rechtshandelingen niet met elkaar samenhangen kan de wijze van verkrijging derhalve niet van elkaar worden afgeleid. Bovendien is een taalkun-

47 Met de wetswijziging in 2020 waarin een vierde lid aan art. 3:127 BWC is toegevoegd, heeft de Curaçaose wetgever getracht duidelijkheid te scheppen. Zie in dit kader paragraaf 3.3.3.4.

48 Burgers herhaalt dit argument in het CJB. Zie: H.Th.M. Burgers, 'Welkom Trust!', *CJB* 2012/2, p. 96.

49 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 411.

dige benadering in casu niet op zijn plaats, omdat de Curaçaose trust conform het Anglo-Amerikaanse recht dient te worden uitgelegd, voor zover het laatstgenoemde recht niet in strijd is met het Curaçaose rechtssysteem.[50]

Voorts hekelt Burgers het feit dat Bergervoet en Mansur menen dat de trustgoederen – die bij de instelling van de 'inter vivos' trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust aan de trustee worden toevertrouwd – verhuizen en derhalve overgaan naar een ander vermogen. Hij merkt het volgende op:

> "Naar mijn mening bereik je met een levering aan je zelf geen verschuiving van het vermogen. Wel kun je jezelf het etiket van trustee opplakken en daarmee bereik je dat de stolp over het trustvermogen wordt geplaatst. Vergelijk een overdracht van een gemeenschapsgoed door de echtgenoot aan zijn echtgenote: zij blijven elk voor de onverdeelde helft eigenaar, doch de beschikking (het bestuur) wordt na de "overdracht" uitgeoefend door de verkijgende (sic) echtgenote.
>
> Even verderop schrijven zij "In dit verband zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de inbreng van goederen in het vermogen van een personenvennootschap (in Curaçao) of een vennootschap onder firma (in Nederland). Wil een goed in goederenrechtelijke zin tot dat vermogen gaan behoren, dan moet er aan de leveringsvereisten voldaan zijn.".
>
> Bij een inbreng in een personenvennootschap of v.o.f. is er inderdaad sprake van een levering van goederen (voor iedere soort goederen op de voor die soort goederen bepaalde wijze!) aan de vennootschap, omdat de eigendomsverhoudingen wijzigen (anderen -de vennoten- worden medeëigenaar). Wanneer de insteller zichzelf tot eerste trustee benoemt, verandert de eigendomsverhouding niet en is er dus geen levering vereist."[51]

Ondanks het feit dat Burgers goede kanttekeningen plaatst bij de argumenten van Bergervoet en Mansur, kan ik me niet in zijn vergelijking vinden. De bovenstaande vergelijking is verwarrend en moeilijk te vatten. Indien Burgers met zijn vergelijking op de boedelmenging doelt, spreekt hij zichzelf tegen door de instelling van de trust middels een eenzijdige verklaring van trust met de boedelmenging bij een huwelijksgoederengemeenschap te vergelijken. In tegenstelling tot de instelling van de trust via een eenzijdige verklaring van trust, vindt er bij de boedelmenging wel een vermogensverschuiving tussen de echtgenoten plaats. Heeft Burgers echter de wijziging van de bestuursbevoegdheid tussen echtgenoten op het oog, dan kan dit evenmin met de wijziging van hoedanigheid in geval van een eenzijdige verklaring van trust

50 Zie bijvoorbeeld MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2, waar de Curaçaose wetgever naar het Anglo-Amerikaanse recht verwijst bij de bespreking van de trustwetgeving.

51 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 411.

worden vergeleken. Het feit dat een echtgenoot na de wijziging van de bestuursbevoegdheid bestuurshandelingen ten aanzien van gemeenschapsgoederen mag uitoefenen waartoe eerst de andere echtgenoot bevoegd was, betekent niet dat deze bestuursbevoegdheden door dezelfde persoon in een andere kwaliteit worden uitgeoefend. Wanneer de trust wordt ingesteld door middel van een eenzijdige verklaring van trust, beheert de insteller – die rechthebbende is én blijft van de goederen die onder trustverband zijn geplaatst – vanaf het moment van het afleggen van de verklaring het trustfonds in de hoedanigheid van trustee. Gelet op het eerdergenoemde is de vergelijking van Burgers mijns inziens dan ook niet een juiste.

Als laatste voert Burgers als argument aan:

> "De wetgever heeft in art. 3:160 BWC expliciet bepaald, dat de trustee bij het einde van de trust "alle tot het trustvermogen behorende goederen, overeenkomstig de voor elk van die goederen geldende regelen, over (draagt) aan degene, die daartoe in de trustakte is aangewezen...". Hier wordt het woord overdracht juist niet vermeden (vgl. hiervoor onder 1).
>
> Bij de instelling van de trust gebruikt de wetgever deze formulering niet. Dit is consistent met de toevoeging aan art. 3:80 lid 2 BWC over de opvolging en toetreding als trustee.
>
> Zou de wetgever zijn uitgegaan van het vereiste van een levering van het trustvermogen aan de trustee, dan zou de wetgever dezelfde formulering gebruikt hebben als in art. 3:160 BWC dan wel de toevoeging "toetreding" aan art. 3:80 lid 2 BWC hebben moeten weglaten."[52]

Ook in dit geval verwijs ik naar zowel paragraaf 3.3.3.3 voor de uiteenzetting inzake de term 'overdracht', alsook naar het eerdere commentaar op het argument van Burgers betreffende de opvolging en toetreding van de trustee onder algemene titel ex art. 3:80 BWC.

Tot slot komt Burgers tot de conclusie dat de Curaçaose wetgever zich niet heeft vergist en dat De Boer eveneens zijn mening over de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee deelt.[53]

2.1.1.4 Naschrift van Bergervoet & Mansur

Na de reactie van Burgers hebben Bergervoet en Mansur de discussie levendig gehouden door een naschrift in het WPNR te publiceren, waarin zij kritiek uiten op het ingenomen standpunt van Burgers en zijn daarbij behorende argumen-

52 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 411.

53 H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 411-412.

ten. In dit naschrift herhalen zij grotendeels opnieuw hun eerder uiteengezette argumenten en gaan op bepaalde punten dieper in op de argumentatie van Burgers.

Over de kritiek van Burgers op hun standpunt stellen Bergervoet en Mansur:[54]

> "Burgers baseert zijn stelling op een passage uit de memorie van toelichting bij art. 3:127 BWC waaruit volgens hem blijkt dat de wetgever met opzet koos voor het in de macht brengen van het trustvermogen. Kennelijk heeft de heer Burgers de nota van wijziging met toelichting van enkele jaren later over het hoofd gezien. In de toelichting bij de wijziging van art. 3:127 BWC staat letterlijk het volgende:
>
> "Voorts is de verwarrende terminologie "onder de macht brengen" (ontleend aan het verdrag) hier en elders in het ontwerp vermeden. De trustee is of wordt "rechthebbende op" de goederen c.q. "verkrijgt" de goederen."
>
> De trustee wordt rechthebbende op het trustvermogen. 'Rechthebbende' is een juridische aanduiding om het meest volledige recht op een goed aan te geven. Als het om een zaak gaat spreken we meestal van een eigenaar en niet van rechthebbende. Beperkte rechten, immateriële rechten, zoals octrooien en vorderingsrechten zijn geen zaken en men kan degene die daarop het meest volledige recht heeft geen eigenaar noemen. Men noemt hen rechthebbende. Men zegt ook wel dat het goed aan die persoon toebehoort. (…) Art. 3:127 lid 2 sub b BWC bepaalt dat de trustee rechthebbende is op het trustvermogen. Het feit dat aan het zijn van rechthebbende rechten en verplichtingen zijn verbonden, doet daar niet aan af.
>
> Hoe wordt de trustee rechthebbende van het trust-vermogen? De Landsverordening Trust is geplaatst in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Titel 4, dat gaat over de verkrijging en verlies van goederen, gaat daaraan vooraf. Lid 1 van art. 80 van Boek 3 BW bepaalt dat je goederen kan verkrijgen onder algemene titel of onder bijzondere titel. Hiermee is het gesloten systeem van verkrijging van goederen tot uitdrukking gebracht. Er kan dus geen nieuwe wijze van verkrijging van goederen in het leven worden geroepen. In het systeem van de wet is iedere verkrijging van een goed die niet onder algemene titel plaatsvindt, een verkrijging onder bijzondere titel."[55]

Ik begrijp de verwijzing van Bergervoet en Mansur naar de nota van wijziging niet. De woorden 'rechthebbende' en 'verkrijgt' zeggen niets over de wijze waarop het toevertrouwen dient te geschieden. Met de toelichting in de nota van wijzing heeft de Curaçaose wetgever tot 2020 niet aangegeven op welke wijze de trustee rechthebbende van de trustgoederen wordt.[56]

---

54 Bergervoet en Frielink handhaven dit standpunt in het CJB. Zie hiervoor: M. Bergervoet & K. Frielink, 'Reactie op het artikel van notaris Burgers', *CJB* 2012/2, p. 106-108.

55 M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur, 'Naschrift', *WPNR* 2012/6932, p. 412.

56 Dit was het geval voor de introductie van het vierde lid in art. 4:127 BWC

Met betrekking tot de opvolging en de toetreding van de trustee die ingevolge art. 3:80 BWC onder algemene titel plaatsvindt herhalen Bergervoet en Mansur het eerder besproken argument en voegen ze toe:

> "Aangezien nergens in de Landsverordening Trust met zoveel woorden staat bepaald dat het trustvermogen bij het instellen van de trust onder algemene titel overgaat op de trustee en ook art. 80 van Boek 3 niet in die zin is aangepast, blijft er naar ons idee geen andere mogelijkheid over dan te concluderen dat de trustee de goederen die gaan behoren tot het trustvermogen verkrijgt onder bijzondere titel en wel door overdracht."[57]

Ten slotte betogen Bergervoet en Mansur het volgende over de mening van Burgers dat de Curaçaose wetgever zich niet heeft vergist in de trustwetgeving:

> "Met de stelling van Burgers dat de wetgever zich niet vergist heeft zijn wij het helemaal eens, met de uitleg die hij daaraan geeft niet. De Anglo-Amerikaanse trust is ingevoerd in het Curaçaose Burgerlijk Wetboek voor de internationale financiële sector en niet voor de lokale praktijk. De reden dat de wijze waarop de trustee de trustgoederen verkrijgt niet is opgenomen in de Landsverordening Trust is gelegen in het feit dat de eigendomsoverdracht van goederen aan de trustee een ander verhaal is dan het instellen van de trust. Naar Anglo-Amerikaans recht staat de vraag van de overdracht van de aanstaande trustgoederen door de insteller aan de trustee namelijk ook los van het trustrecht. Een dergelijke overdracht moet voldoen aan de vereisten die aan iedere overdracht worden gesteld. Het recht dat toepasselijk is op de trust, in ons geval het recht van Curaçao, bepaalt immers over het algemeen niet of een goed dat in het buitenland is gelegen rechtsgeldig is verkregen door de trustee. Dit zie je ook terug in het Haagse Trustverdrag waarop onze wetgeving is gebaseerd."[58]

Het bovenstaande argument van Bergervoet en Mansur getuigt mijns inziens wederom van onvoldoende bekendheid met de Curaçaose trustconstructie. De toelichting in paragraaf 3.3.3.4 laat zien dat het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee onderdeel is van de totstandkoming van de Curaçaose trust. In het Curaçaose recht is er evenals in het Anglo-Amerikaanse recht pas sprake van een rechtsgeldige instelling van een trust, indien aan de materiële en formele vereisten wordt voldaan en de trustgoederen op de juiste wijze aan de trustee zijn toevertrouwd. De Curaçaose wetgever had tot 2020 de wijze waarop het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee diende plaats te vinden – zodat een rechtsgeldige trust tot stand kan komen – niet in het trustrecht opgenomen. Dat betekende dat – als gevolg van dit gebrek in de trustwetgeving – de werking van de trust ernstig kon worden belemmerd met alle negatieve gevolgen van dien. Dat een overdracht naar Anglo-Ameri-

57 M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur, 'Naschrift', *WPNR* 2012/6932, p. 413.
58 M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur, 'Naschrift', *WPNR* 2012/6932, p. 413.

kaans recht los staat van het trustrecht – dit geldt overigens niet voor de 'declaration of trust' – betekent derhalve niet dat zowel de uitwerking van de overdracht ten titel van trust als de eenzijdige verklaring van trust niet moet worden opgenomen in het materiële trustrecht van Curaçao.

Voorts is de verwijzing van de auteurs naar het HTV voor de interpretatie van het Curaçaose trustrecht begrijpelijk, doch onjuist, ondanks het feit dat het Curaçaose trustrecht op dit verdrag is gestoeld. Dat een goed zich op buitenlands grondgebied bevindt, betekent wederom niet dat de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee niet door het Curaçaose recht moet worden geregeld. Zowel de Curaçaose wetgever als de auteurs miskennen het feit dat de verwijzing naar het HTV in casu niet relevant is voor een kwestie die door het Curaçaose materiële recht wordt beheerst. Het materiële privaatrecht wordt niet door het HTV bestreken. Dit betekent dat het HTV geen vragen over het Curaçaose materiële trustrecht (of enig ander trustrecht) beantwoordt en het verdrag fungeert enkel als verwijzings- en erkenningsrecht binnen het internationaal privaatrecht.[59] Bovendien heeft Curaçao het HTV niet geratificeerd, zodat dit verdrag niet op Curaçao van toepassing is.[60]

2.2 De trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en begunstigde

2.2.1 De opvattingen van Zwalve en Bakker

2.2.1.1 De opvatting van Zwalve in RMThemis

In 2015 heeft Zwalve een bijdrage in het RMThemis gepubliceerd over art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van het toekomstig Nederlands trustrecht, waarin hij eveneens aandacht besteedt aan de Curaçaose trustwetgeving.[61] Alhoewel Zwalve in zijn artikel aangeeft dat het niet zijn bedoeling is om de Curaçaose trust aan een kritische bespreking te onderwerpen, uit hij min of meer kritiek op het feit dat de Curaçaose wetgever zijn inziens het systematische kader waarop de trustrechtelijke relatie tussen trustee en de begunstigde is vormgegeven, niet heeft aangegeven. Voorts beargumenteert Zwalve dat het voornoemde systematische kader niet in het goederenrecht, doch in het verbintenissenrecht bestaat. Hij legt zijn standpunt als volgt uit:

> "De van oorsprong Anglo-Amerikaanse trustverhouding is de vrucht van de oude 'courts of equity' en daarmede van een typische constellatie van het Engelse recht,

59 Zie paragraaf 3.3.3.

60 MvT Landsverordening trust, p. 1. Zie ook: https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/000066.

61 W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4.

> te weten de onderscheiding tussen 'law' en 'equity', dat wil zeggen twee verschillende rechtsbronnen die – oorspronkelijk – zelfs door twee verschillende rechterlijke instanties – de 'courts of law' en de 'courts of equity' – werden gehandhaafd. Gelet op deze typisch Engelse achtergrond is zelfs ooit eens door Lord Hardwicke, een van de grondleggers van het huidige Anglo-Amerikaanse trust- recht, opgemerkt dat '[i]t could not happen in any other country but this: because the jurisdiction of law and equity is administered here in different courts, and creates different kinds of rights in estates'. In het bijzonder de laatste vaststelling, waarin het verschil in rechtskarakter tussen 'legal' en 'equitable remedies' wordt benadrukt, lijkt in de weg te staan aan de introductie van de trustfiguur in een rechtssysteem zoals het onze, dat de eigenaardige onderscheiding tussen 'law' en 'equity' mist. 'Equitable remedies' namelijk, in het bijzonder die welke een rol spelen in het trustrecht, dragen een, vanuit het continentale perspectief bezien, geprononceerd goederenrechtelijk karakter; ze worden daarom oìoìk door Anglo-Amerikaanse juristen niet zelden aangemerkt als 'proprietary remedies', al of niet aangevuld met de (altijd misleidende) aanduiding *sui generis*. Van deze, typisch Anglo-Amerikaanse, goederenrechtelijke aspecten van de trustverhouding, de relatie tussen trustee en begunstigde, dient men zich te bevrijden als men aan die relatie binnen een rechtsstelsel zoals het onze op een systematisch correcte wijze vorm wil geven. De Curaçaose Landsverordening Trust lijdt, onder meer, aan het euvel dat daarin dat systematische kader niet wordt aangegeven. Dit kader namelijk bestaat binnen een 'civil-law'-systeem *niet* in het goederenrecht, maar in het *verbintenissenrecht*. Ik kom daarom tot de navolgende begripsomschrijving:
>
> 'Een trustverhouding is de *verbintenisrechtelijke* rechtsbetrekking die bestaat tussen eìeìn of meer trustees en eìeìn of meer personen of rechtspersonen ten behoeve van wie de trustee het beheer voert van en, zo nodig, beschikt over de van de rest van zijn vermogen afgescheiden onder trustverband staande goederen.'"[62]

Met het bovengenoemde relaas van Zwalve kan ik me niet verenigen. Hij wekt allereerst naar ik meen de indruk dat 'equitable remedies' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde definiëren. Deze argumentatie overtuigt mijns inziens niet. De 'equitable remedies' – die overigens niet altijd een goederenrechtelijk karakter hebben – bepalen niet de genoemde trustrechtelijke rechtsverhouding, doch zij zijn een uitvloeisel hiervan. Voorts verwijs ik voor het argument dat de trust zonder het tweeledige Anglo-Amerikaanse rechtssysteem niet kan bestaan, naar paragraaf 2.3.2 waarin de heersende leer in het moderne rechtsvergelijkend trustrecht is dat de trustfiguur weldegelijk zonder 'equity' in continentale rechtssystemen kan worden ingevoerd.[63] De Curaçaose trustwetgeving laat mijns inziens bovendien goed zien dat goederenrechtelijke remedies – zolang zij op de juiste wijze zijn vormgegeven – zonder meer

62 W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 140-141.

63 Zie tevens de Anglo-Amerikaanse literatuur waarnaar aldaar wordt verwezen.

mogelijk zijn, zonder dat het 'equity'- systeem dient te worden ingevoerd.[64] Ten slotte is de wijze waarop Zwalve de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde beschrijft mijns inziens niet volledig en overtuigt op dit punt evenmin. Hij miskent naar mijn mening het feit dat de trustrechtelijke relatie tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde niet op zichzelf staat, doch het gevolg is van het goederenrechtelijk effect van het trustverband dat ontstaat als gevolg van de totstandkoming van de trust. De inhoud en strekking van het trustverband – dat anders dan hetgeen Zwalve betoogt zonder meer gelegen is in het goederenrecht – bepalen derhalve de diverse rechten, verplichtingen, bevoegdheden doch ook remedies die daaruit voortvloeien, en definiëren daarmee de aard van de rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde.

2.2.1.2 De opvatting van Bakker in het CJB

Naast Zwalve heeft ook Bakker zich uitgelaten over de Curaçaose trust. In zijn bespreking van de Curaçaose trustwetgeving en de uitleg van trustakten in het CJB neemt hij – evenals Zwalve – de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en begunstigde onder de loep en plaatst hierbij een aantal kanttekeningen. Hij schrijft:

> "De goederenrechtelijke implicaties van beide beschikkingshandelingen laten onverlet dat met een Curaçaose trustakte (bovenal) verhoudingen van *verbintenisrechtelijke* aard in het leven worden geroepen. In zijn bespreking van de Curaçaose *civil law*-trust komt Zwalve tot de volgende definitie:
>
> 'Een trustverhouding is de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking die bestaat tussen eìeìn of meer trustees en eìeìn of meer personen of rechtspersonen ten behoeve van wie de trustee het beheer voert van en, zo nodig, beschikt over de van de rest van zijn vermogen afgescheiden onder trustverband staande goederen.'
>
> Met deze definitie ben ik het graag eens, zij het met twee kanttekeningen. Ten eerste zij erop gewezen (ook Zwalve wijst hier op) dat lid 3 van artikel 3:127 BW bepaalt dat de insteller van de trust zich in de trustakte jegens de trustee bepaalde rechten en bevoegdheden kan voorbehouden. Maakt de insteller van de trust hiervan

64 Zie hiervoor paragrafen 3.3.9 en 4.3.8. Zie voor 'equitable remedies' – ook in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – die zowel een goederenrechtelijk als verbintenisrechtelijk karakter hebben: L.D. Smith, 'Equity is not a single thing', in: D. Klimchuk, I. Samet & H.E. Smith (red.), *Philosophical foundations of the law of Equity*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 144-167; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 441-632; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 804-849; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 716-745. Zie ook: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 665 e.v.; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 976-1020.

> daadwerkelijk gebruik en bedingt hij bijvoorbeeld dat de trustee de aan hem toevertrouwde zaken slechts met instemming van de insteller mag gebruiken, dan ontstaat mijns inziens tevens te dier zake een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking tussen insteller en trustee. Schending door de trustee van een dergelijk in de trustakte opgenomen beding resulteert in beginsel in wanprestatie jegens de insteller.
>
> Ten tweede teken ik aan dat mijns inziens het beding in de trustakte, waarin eìeìn of meer begunstigden worden aangewezen, naar Curaçaos recht als *derdenbeding* moet worden aangemerkt. In artikel 3:153 lid 3 BW is dan ook in lijn met de wettelijke regeling van het derdenbeding bepaald dat als de aanwijzing van de begunstigde onherroepelijk is en jegens hem om niet gemaakt, zij als aanvaard geldt indien zij ter kennis van de begunstigde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen. Gelet op deze bepaling moet het er mijns inziens voor worden gehouden dat genoemde rechtsbetrekking tussen trustee en begunstigde derhalve eerst tot leven komt als gevolg van – al dan impliciete – aanvaarding van het derdenbeding door de begunstigde."[65]

De bovenstaande opvattingen van Bakker dat vanwege het voorbehouden van rechten en bevoegdheden door de insteller, tussen de insteller en trustee een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat en dat de aanwijzing van begunstigden naar Curaçaos recht als een derdenbeding moet worden beschouwd, zijn naar mijn mening onjuist. Hetgeen in casu in het oog springt is dat Bakker ten aanzien van de beide door hem verdedigde standpunten, verzuimt onderscheid te maken tussen de rechtsfiguur van de trust en de rechtsfiguur van 'powers', oftewel de bevoegdheden die in het kader van het Curaçaose trustrecht kunnen worden verleend aan de insteller, de trustee, de (potentiële) begunstigden of derden.[66] Dit is een veelvoorkomende, doch verkeerde assumptie die in het continentale recht wordt gemaakt, waarbij de beide op zichzelf staande en van elkaar verschillende rechtsfiguren met elkaar worden verward. Het feit dat de Curaçaose wetgever het bepaalde in art. 3:127 lid 3 BWC letterlijk van het HTV heeft overgenomen, helpt deze verkeerde assumptie niet uit de wereld.

Voor wat betreft de eerste opvatting van Bakker, leidt de omstandigheid dat de insteller bevoegdheden heeft voorbehouden, mijns inziens echter niet tot het ontstaan van een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de insteller. Het woord 'beding' verwijst naar de situatie waarin tussen partijen – als onderdeel van een overeenkomst – afspraken zijn gemaakt. Bij de instelling van de Curaçaose trust – die eenzijdig geschiedt – is dit niet het geval. Aan de insteller als zodanig wordt daarentegen krachtens het trustverband dat ontstaat als gevolg van de trustcreatie, een recht tot uitoefe-

65 P.S. Bakker, 'Enige beschouwingen over trustakten naar Curaçaos recht en de uitleg daarvan', *CJB* 2016/3, p. 190-191.

66 Zie hiervoor paragraaf 2.5 en paragraaf 3.4.

ning van bepaalde handelingen verleend bij welke hij een zekere mate van beslissingsvrijheid heeft. Een dergelijke bevoegdheid valt mijns inziens echter niet onder het begrip 'verbintenis'. Tussen de insteller en de trustee ontstaat als gevolg van het trustverband in casu géén rechtsbetrekking die zich kenmerkt door het feit dat de één jegens de ander gerechtigd is tot een *prestatie*, waartoe de ander jegens degene *verplicht* is.[67] De beslissingsvrijheid die de insteller te dien aanzien heeft, brengt géén gebondenheid tussen de insteller en de trustee met zich, hetgeen wel vereist is bij een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking.[68] Dientengevolge kan er nimmer sprake zijn van een schending door de trustee die een tekortkoming in de nakoming van een *verbintenis* ex art. 6:74 BWC oplevert. Het is immers de insteller aan wie een *bevoegdheid* wordt toegekend en die bepaalt of hij al dan niet tot uitoefening daarvan overgaat.[69] Daarenboven miskent Bakker in dit kader het feit dat de Curaçaose trust niet is ingesteld ten behoeve van de insteller als zodanig, doch ten behoeve van (potentiële) begunstigden of ter verwezenlijking van een bepaald doel. Dit impliceert dat hij als zodanig – behoudens de aan hem toegekende trustrechtelijke bevoegdheden – geen rechten ontleent aan de trust.[70]

De tweede opvatting behelst een algemene misvatting die onder continentale juristen heerst – waaronder ook Bakker gezien zijn zienswijze hieromtrent – dat de trust als een overeenkomst met een derdenbeding moet worden aangemerkt.[71] Zoals reeds meermalen is geschetst en met klem is benadrukt, is de instelling van de trust géén overeenkomst. De instelling van de trust is een eenzijdig gerichte rechtshandeling. De trust doet krachtens het trustverband geen verbintenissen ontstaan tussen zowel de insteller, de trustee als – bij aanvaarding – tussen de begunstigde. De insteller is na de totstandkoming van de trust in beginsel niet bij de trust betrokken.[72] Voorts komt als gevolg

67 C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2020, nr. 6.

68 C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2020, nrs. 6-32.

69 Deze bevoegdheid impliceert niet dat er sprake is van een verbintenis.

70 Vgl. in dit kader: *Turner v. Turner* [1984] Ch 100; *Re Astor's Settlement* [1952] Ch 534, p. 542; L. Ho, ''Breaking Bad': Settlors' Reserved Powers', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 36, voetnoot 8.

71 Vgl. in dit kader tevens K.L.H. Van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1985, p. 328-329, die dezelfde conclusie trekt als Bakker.

72 In dezelfde zin: D.J. Hayton, 'English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 33; P. Matthews, 'From Obligation to Property, And Back Again?', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 218-221; W.J.

van de goederenrechtelijke werking van het trustverband dat terstond na de totstandkoming van de Curaçaose trust ontstaat, de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de begunstigde tot stand en verwerft de begunstigde hierbij van rechtswege ten aanzien van de trustgoederen een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies. Het voorgaande kan niet enkel met betrekking tot de begunstigde geschieden, doch ook ten aanzien van de potentiële begunstigde die (nog) geen economisch belang heeft en die daardoor ook (vooralsnog) geen aanspraak kan maken op trustgoederen. De verwerving van 'het recht van de begunstigde' van rechtswege door de (potentiële) begunstigde impliceert dat de (potentiële) begunstigde verkrijgt zonder dat aanvaarding noodzakelijk is.[73] Door te beargumenteren dat de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde na de aanvaarding van een derdenbeding tot leven komt, negeert Bakker de goederenrechtelijke werking van het trustverband en derhalve een wezenlijk element van de Curaçaose trust.

2.3 Overige opmerkingen

Uit de bovenstaande controverse kan worden afgeleid dat de betrokken schrijvers zich enkel op de problematiek rondom de wijze van toevertrouwen bij de totstandkoming van de 'inter vivos' trust en de analyse van de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de begunstigde hebben gericht. De andere problemen in het Curaçaose trustrecht die in het voorgaande hoofdstuk zijn aangekaart, zijn helaas tot heden onbesproken gebleven in de rechtsliteratuur, terwijl de reparatie van deze tekortkomingen noodzakelijk is voor een onomstreden totstandkoming en goede werking van de Curaçaose trust.

3 De oplossingen ter verbetering van de werking van de Curaçaose trust

In hoofdstuk 3 en paragraaf 4.2 zijn de belangrijkste knelpunten besproken die thans de werking van de Curaçaose trust beletten. In het onderstaande zal per probleem een oplossing, dan wel zullen suggesties worden aangereikt ter verbetering van de werking van de Curaçaose trust.

3.1 Aanpassing ruime definitie van de Curaçaose trust

In paragraaf 3.3.1 is reeds toegelicht, dat Curaçao ingevolge het bepaalde in art. 3:127 BWC thans een te ruime definitie hanteert van de Curaçaose trust

Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 141.

73 Zie in dit kader ook paragraaf 3.3.9.

die letterlijk van het HTV is overgenomen. Dientengevolge zouden andere trustachtige rechtsfiguren die normaliter niet als trust kwalificeren, wel onder het bereik van de Curaçaose trustwetgeving kunnen vallen.

Teneinde kwalificatieproblemen in de rechtspraktijk te voorkomen die de werking van de Curaçaose trust kunnen beletten en gezien het feit dat de trust velerlei vormen kent en het trustverband derhalve diverse strekkingen kan hebben, kan de wetgever mijns inziens het beste kiezen om uitsluitend de rechtsgevolgen die de instelling van de Curaçaose trust teweegbrengt en die hieraan inherent zijn, in de wet op te nemen. In dit kader dient de wetgever mijns inziens in de herziene Curaçaose trustwet het belangrijkste rechtsgevolg van de instelling van de Curaçaose trust – het ontstaan van een afgescheiden geheel van trustgoederen, het trustfonds, als gevolg van het rusten van het trustverband op de aangewezen goederen – in een afzonderlijke wetsbepaling op te nemen. Voorts zou hierin – met het oog op samenhang – tevens kunnen worden vastgelegd dat het trustfonds niet strekt tot verhaal van de schulden van de trustee in privé en dat er zaaksvervanging optreedt ten aanzien van de tot het trustfonds behorende trustgoederen.[74]

Ter toelichting op het vorenstaande zou de Curaçaose wetgever kunnen wijzen op het feit dat het afgescheiden karakter van de trust tot gevolg heeft dat de onder trustverband gebrachte goederen afgezonderd zijn van het privévermogen van de trustee en dat het trustfonds niet vatbaar is voor boedelmenging, een faillissement en de gevolgen van echtscheiding of het overlijden van de trustee.

Een specifieke situatie waarmee de Curaçaose wetgever noch in de wettekst, noch in de memorie van toelichting rekening heeft gehouden is de vatbaarheid van het trustfonds in het kader van een omzetting van een rechtspersoon en de gevolgen van een fusie ex art. 2:309 BWC, respectievelijk een splitsing ex art. 2:335 BWC. Het is derhalve thans onduidelijk of een omzetting, fusie of splitsing waarbij een trustee-rechtspersoon is betrokken, het trustfonds kan

74 Dit zou naar mijn mening betekenen dat bepaalde onderdelen van art. 3:127 BWC en art. 3:155 BWC – ter voorkoming van doublures – moeten worden samengevoegd. Ter illustratie zou onder andere aan de volgende formulering kunnen worden gedacht:
Artikel 127
1. De onder trustverband geplaatste goederen, hierna te noemen het trustfonds, vormen een afgescheiden geheel van trustgoederen.
2. Het trustfonds strekt niet tot verhaal van de schulden van de trustee in privé.
3. Tenzij bij de instelling van de trust of op het tijdstip van het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee anders is bepaald, omvat het trustfonds ook de goederen die geacht moeten worden in de plaats van een tot het trustfonds behorend goed te treden, vorderingen tot vergoeding van schade daaronder begrepen, benevens de vruchten en andere voordelen die zulk een goed oplevert, zolang de vruchten niet zijn aangewend ten behoeve van de begunstigde of het bepaalde doel.
Zie in dit kader voorts paragraaf 4.3.15.13.

aantasten. Teneinde in deze leemte in de wet te voorzien, dient de Curaçaose wetgever in de wet vast te leggen dat het trustfonds – naast de situaties waarin sprake is van boedelmenging, faillissement, echtscheiding of overlijden van de trustee – niet vatbaar is voor een omzetting van een trustee- rechtspersoon en de gevolgen van een fusie of splitsing als bedoeld in art. 2:309, respectievelijk art. 2:335 BWC. Voorts dient de wetgever naar mijn mening te bepalen dat het trusteeschap van de trustee-rechtspersoon op het tijdstip van fusie of splitsing eindigt, voor zover de trustee-rechtspersoon als gevolg van de fusie op splitsing ophoudt te bestaan. Men vergelijke het voorgaande met het overlijden van een trustee-natuurlijke persoon, waarbij het trusteeschap niet overgaat op de erfgenamen.

3.2 Aanvulling van de materiële vereisten voor de totstandkoming van de Curaçaose trust

Thans kent het Curaçaose trustrecht – zoals in paragraaf 3.3.1 is geschetst – een aantal materieelrechtelijke tekortkomingen die de totstandkoming van de trust beletten. Het betreft in casu allereerst de situatie waarin de wet – voor de totstandkoming van de trust – vereist dat begunstigden bij trustakte worden aangewezen, terwijl dit bij 'discretionary' trusts en trusts ter verwezenlijking van een bepaald doel niet mogelijk is op het tijdstip van de instelling van de trust. Daarnaast verlangt de wet dat de aanvaarding van de functie van trustee in alle gevallen bij trustakte dient te geschieden, terwijl dit bij de testamentaire trust praktische problemen en rechtsonzekerheid in het rechtsverkeer met zich meebrengt. Teneinde deze materieelrechtelijke gebreken te herstellen, zal in het onderstaande een aantal oplossingen worden aangedragen.

3.2.1 Het opnemen van het bepaalbaarheidsvereiste in de wet

Is de insteller van de trust voornemens om een trust naar Curaçaos recht in het leven te roepen, dan dient de wetgever mijns inziens als materieel vereiste in de wet op te nemen dat alle begunstigden die in de trustakte zijn aangewezen of later als begunstigden kunnen worden aangewezen, voldoende bepaalbaar moeten zijn. Dit impliceert dat de begunstigden duidelijk moeten worden omschreven. Dat zal praktisch gezien naar ik aanneem weinig problemen opleveren. Indien de insteller daarentegen een discretionaire bevoegdheid aan de trustee heeft verleend uit welke hoofde hij op een later tijdstip begunstigden kan aanwijzen, moeten in dergelijke gevallen – eveneens op straffe van nietigheid – specifieke criteria c.q. kenmerken in de trustakte worden opgenomen, aan de hand waarvan met zekerheid kan worden bepaald of een persoon kwalificeert als begunstigde c.q. behoort tot de groep of categorie der potentiële begunstigden. De notaris moet derhalve bij het opstellen van de trustakte

ervoor zorgen dat zowel de begunstigden als de potentiële begunstigden voldoende bepaalbaar zijn.

Ingeval een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel is ingesteld, dan dient het doel van een dergelijke trust op een zo duidelijk en ondubbelzinnige wijze mogelijk te worden omschreven.

3.2.2 De latere aanwijzing van een begunstigde bij notariële akte

Heeft de trustee gebruik gemaakt van zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde, dan dient de Curaçaose wetgever mijns inziens als voorwaarde te stellen dat de aanwijzing bij notariële akte moet geschieden. De notariële akte als vormvereiste bevordert naar ik meen zonder meer de rechtszekerheid. Zo kan de notaris waken tegen misbruik van de discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing door de trustee en kan hij ervoor zorgen dat de aanwijzing van de begunstigden op de juiste wijze plaatsvindt. Daarnaast wordt aan de notariële akte dwingende bewijskracht toegekend, hetgeen bewijsrechtelijke discussies omtrent de desbetreffende aanwijzing voorkomt.[75]

3.2.3 De verplichte benoeming van een protector bij onmogelijkheid van belangenbehartiging en bij de instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel

Het kan voorkomen dat de insteller een trust naar Curaçaos recht wil instellen, doch dat de trust (vooralsnog) geen (potentiële) begunstigden heeft die hun belangen in de trust kunnen behartigen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan potentiële begunstigden die nog niet bestaan, potentiële begunstigden die handelingsonbekwaam zijn vanwege minderjarigheid of curatele of wanneer een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel in het leven is geroepen.[76] Daarnaast kan de situatie zich voordoen waarbij de trust wel potentiële begunstigden heeft die hun belangen in de trust kunnen behartigen, doch de insteller van de trust nog niet wil dat zij door de trustee over hun positie in kennis

---

75 Art. 135 en art. 136 RvC. Vgl. ook: J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2019, par. 8.1 e.v.

76 Vgl. in het kader van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel: section 13 Jersey Trust Law 1984; Vgl. ook: D.J. Hayton, 'Developing the Obligation Characteristic of the Trust', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 189-201; D. Waters, 'Reaching for the Sky: Taking Trust Laws to the Limit', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 243-290; P. Matthews, 'From Obligation to Property, And Back Again?', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 222-224; D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 46 en p. 48-49.

worden gesteld. Voor deze situatie zou de Curaçaose wetgever naar mijn mening een wetsbepaling in de wet moeten opnemen waarin wordt bepaald dat voor de duur van de handelingsonbekwaamheid of onbekendheid met de positie van potentiële begunstigde en gedurende de tijd dat de potentiële begunstigde nog niet bestaat, op straffe van nietigheid van de trust een protector moet worden benoemd aan wie de rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies toekomen die normaliter aan (potentiële) begunstigden toekomen. Zodoende houdt de protector toezicht op het handelen van de trustee en kan hij bij een (dreigende) 'breach of trust' optreden tegen de trustee.

3.2.4 De aanvaarding van de functie van de testamentaire trustee bij notariële akte, niet zijnde de trustakte

Wanneer een Curaçaose trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, kan de aanvaarding van de functie van trustee niet bij uiterste wil – dat wil zeggen bij testament – geschieden. De uiterste wilsbeschikking – zoals uit art. 4:42 lid 1 BWC en art. 4:111 BWC blijkt – heeft pas werking bij overlijden en kan steeds worden herroepen. Daarnaast zou de Curaçaose notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar kunnen handelen, aangezien krachtens het bepaalde in art. 27a Landsverordening op het notarisambt, notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, geen andere rechtshandelingen mogen bevatten. Teneinde de onderhavige gebreken te herstellen, dient de Curaçaose wetgever naar mijn opvatting wettelijk te bepalen dat voor de aanvaarding van de trustee ingeval een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, een afzonderlijke notariële akte is vereist. De eis van de notariële akte dient mijns inziens ook in casu de rechtszekerheid, gelet op de aard van de functie van de trustee als rechthebbende en beheerder van de trustgoederen.

3.3 Instelling van de trust voor bepaalde tijd

3.3.1 Tijdslimiet voor bepaalde trusts

Zoals in paragraaf 3.3.3.2 is bediscussieerd, wordt de trust naar huidig Curaçaos recht in beginsel voor onbepaalde tijd ingesteld. In situaties waarin in het kader van de trust onzekerheid bestaat over het in vervulling gaan van een voorwaarde, dan wel het niet zeker is dat de nog niet bestaande natuurlijke of rechtspersonen zullen bestaan, heeft de Curaçaose wetgever niet voorzien. Het is daarom zonder meer wenselijk dat de Curaçaose wetgever een wettelijke regeling opneemt die bepaalt dat de trust na een bepaalde tijdsperiode eindigt, indien de aan een recht verbonden voorwaarde niet in vervulling is gegaan

en het recht ten gevolge hiervan vervalt.[77] Het voorgaande zou van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard, ingeval nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen als begunstigden zijn aangewezen of onderdeel zijn van de groep der potentiële begunstigden en kan worden aangenomen dat deze niet meer zullen bestaan.

Ik acht een tijdsperiode van 80 jaar na de instelling van de trust in de bovengemelde situaties voldoende, gelet op het feit dat een periode van 80 jaar de gemiddelde levensverwachting is van een natuurlijke persoon op Curaçao, dan wel het leeftijdsverschil tussen ongeveer drie generaties.[78]

3.3.2 Termijnstelling voor aanwijzing van een begunstigde door de trustee bij 'discretionary' trusts

Indien een 'discretionary' trust voor onbepaalde tijd is ingesteld en de trustee uit dien hoofde een discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van begunstigden heeft verkregen, bestaat het risico dat de trustee – indien bij trustakte niets is geregeld – voor geruime tijd geen begunstigden aanwijst. Dientengevolge kunnen de trustgoederen blijven accumuleren zonder dat er een uitkering van de trustgoederen aan een aangewezen begunstigde plaatsvindt. Ter voorkoming hiervan verdient het naar mijn mening aanbeveling om in dergelijke situaties de potentiële begunstigde in de wet de mogelijkheid te bieden om zich tot de rechter te wenden die op zijn verzoek de trustee een termijn stelt waarin de trustee dient te overwegen of hij al dan niet tot uitkering overgaat.[79] Deze overweging dient naar mijn mening echter wel met redenen te zijn omkleed. Een termijnstelling in dit soort gevallen fungeert alsdan als een stok achter de deur voor de trustee om zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van begunstigden uit te oefenen.[80]

3.4 Afzonderlijke wetsbepaling ter zake van de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust

De Curaçaose wetgever heeft – zo blijkt reeds uit paragraaf 3.3.3.4 – getracht een einde te maken aan de onduidelijkheid die lange tijd bestond over de twee wijzen van toevertrouwen van de beoogde trustgoederen aan de trustee bij de totstandkoming van de 'inter vivos' trust. Naar aanleiding hiervan is een vierde lid aan art. 3:127 BWC toegevoegd waarin is bepaald dat op de overdracht ten titel van trust alsmede de eenzijdige verklaring van trust, afdeling

77 Men vergelijke hierbij bijvoorbeeld de tekst van art. 4:140 BWC.
78 https://www.cbs.cw/population
79 De gestelde termijn moet onder omstandigheden kunnen worden verlengd.
80 De Curaçaose wetgever zou de tekst van art. 4:192 BWC als inspiratiebron kunnen gebruiken.

3.4.2 BWC (art. 3:83 BWC e.v.) van toepassing is.[81] Toch heeft deze toevoeging niet geleid tot de volledige oplossing van de problemen op dit terrein. In het onderstaande worden een aantal oplossingen besproken, opdat het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee door middel van een overdracht ten titel van trust, dan wel een eenzijdige verklaring van trust op soepele wijze kan geschieden.

3.4.1 Scherpere formulering van het bepaalde in art. 4:127 lid 4 BWC voor de overdracht ten titel van trust

Reeds eerder is in paragraaf 3.3.3.4 aan bod gekomen dat de Curaçaose wetgever voor wat betreft het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee door middel van een overdracht ten titel van trust, een vierde lid aan art. 3:127 BWC heeft toegevoegd. Deze toevoeging is in de trustwet opgenomen op instigatie van de Curaçao International Financial Services Association (CIFA).[82] Het luidt:

> "4. Op de verkrijging door de trustee van het trustvermogen, anders dan door opvolging of toetreding als bedoeld in artikel 145, eerste lid, is afdeling 2 van titel 4 van toepassing. Dit geldt ook indien de insteller de trustee zal zijn."

De memorie van toelichting vermeldt dat met het bepaalde in art. 3:127 lid 4 BWC een overdracht van de trustgoederen (*lees ook*: vestiging van een beperkt recht) wordt bedoeld.[83] De voor een eigendomsoverdracht geldende vereisten zijn in art. 3:84 BWC opgenomen, hetgeen in afdeling 3.4.2 is geregeld. Daarnaast zijn in afdeling 3.4.2 BWC tevens een aantal leveringsformaliteiten geregeld die in acht moeten worden genomen, teneinde de levering te voltooien en daarmee de rechtsovergang te bewerkstelligen. Het voorgaande verklaart mijns inziens waarom de Curaçaose wetgever met instemming van de CIFA afdeling 3.4.2 BWC toepasselijk heeft verklaard.

De wijze waarop het bepaalde in art. 3:127 lid 4 BWC thans is geformuleerd, is naar mijn mening ongelukkig en kan in het kader van de instelling van de Curaçaose trust problemen opleveren. Naast de in afdeling 3.4.2. BWC geregelde leveringsformaliteiten, kent het Curaçaose recht tevens bijzondere leveringsformaliteiten die in de wet, doch buiten de voornoemde afdeling zijn opgenomen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de wijze van levering van aandelen ex art. 2:110/210 BWC en van auteursrechten ex art. 2 Auteursverordening 1913,

81 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC.

82 *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 1 en p. 3.

83 *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2. Zie in dit kader paragraaf 3.3.3.4.

of een levering door middel van een CT-document ex art. 8:50 BWC.[84] Op basis van de huidige formulering zouden uitsluitend de in afdeling 4.3.2 BWC geregelde leveringsformaliteiten van toepassing zijn. Aangezien voor bepaalde goederen bijzondere leveringsformaliteiten gelden die niet in afdeling 3.4.2 BWC voorkomen, zou de voor een overdracht vereiste levering van deze goederen niet kunnen worden voltooid, waardoor de overdracht hiervan niet zou kunnen worden bewerkstelligd.[85] Dit zou ertoe leiden dat de plaatsing van dergelijke goederen onder trustverband evenmin mogelijk is.

Om het bovenstaande gebrek in de formulering te verhelpen, dient de Curaçaose wetgever naar mijn mening het bepaalde in art. 3:127 lid 4 BWC in dier voege te formuleren dat voor de rechtstoepasser evident is dat de instelling van de 'inter vivos' trust waarbij een derde trustee wordt of de inbreng van goederen in een bestaande trust waarbij een derde trustee is, naar Curaçaos recht geschiedt door middel van een overdracht, zonder dat verwezen wordt naar afdeling 3.4.2 BWC.

3.4.2 Een wettelijke basis voor de eenzijdige verklaring van trust

Hoewel het nieuwe art. 3:127 lid 4 BWC voorschrijft dat een eenzijdige verklaring van trust – de 'declaration of trust' – naar Curaçaos recht middels een overdracht van de aangewezen goederen door de insteller aan zichzelf in de hoedanigheid van trustee dient te geschieden, bleek uit paragraaf 3.3.3.4 dat een dergelijke handeling in de goederenrechtelijke zin onmogelijk is. Aangezien de door de Curaçaose wetgever bedachte oplossing voor de eenzijdige verklaring van trust in mijn ogen niet bevredigend is, is de vraag op welke wijze de eenzijdige verklaring van trust dan wel moet worden ingekleed.

Gezien het feit dat de eenzijdige verklaring van trust inherent is aan de trustfiguur, dient de Curaçaose wetgever – om hetzelfde resultaat als in het Anglo-Amerikaanse trustrecht te bereiken – mijns inziens een expliciete wettelijke grondslag voor de eenzijdige verklaring van trust in het trustrecht te introduceren.[86/87] Zonder een expliciete wettelijke basis in het Curaçaose

---

84 Vgl.: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 126; A.L.M. Keirse, 'GS Vermogensrecht, art. 3:84 BW, aant. 1.3.3.4', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer.

85 Overigens is er geen sprake van een verkrijging door de trustee bij de instelling van de trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust.

86 Zwalve lijkt te betogen dat – anders dan hetgeen in het bovenstaande is aangegeven – voor de introductie van de 'declaration of trust' in het trustrecht een tussenpersoon onmisbaar is. Hij verwijst in dit kader naar de visie van Uniken Venema. De eigendom ten titel van beheer in het continentaal recht verschilt met de trust in die zin dat de insteller van een trust trustee kan zijn zonder de tussenkomst van een tussenpersoon. Voorts is aan de trust vanwege het trustverband – in tegenstelling tot de eigendom ten titel van beheer – goederenrechtelijke werking verbonden. Zie voor de bespreking van een tussenpersoon bij de 'declaration of trust' en de eigendom ten titel van beheer: W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands

trustrecht is het niet mogelijk om door middel van een eenzijdige rechtshandeling het *goederenrechtelijke* trustverband tot stand te brengen, dat leidt tot het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde en daarmee diverse rechten, bevoegdheden en remedies die daaruit voortvloeien. Sterker nog: zonder een expliciete wettelijke basis is de totstandkoming van de 'inter vivos' trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust in strijd met het numerus clausus beginsel.

Kiest de insteller van een Curaçaose trust ervoor om die in te stellen krachtens een eenzijdige verklaring van trust, dan moet de wilsverklaring kenbaar worden gemaakt door middel van een notariële trustakte.[88] Indien onroerende zaken onder trustverband worden geplaatst, dan dient – tenzij in de trustakte anders is bepaald – het trustverband en de wijziging van de hoedanigheid mijns inziens op grond van artikel 3:17 lid 1 sub a BWC te

trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 142, voetnoot 23; C.Æ. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, (Praeadviezen voor de 'Vereeniging Handelsrecht' 1990), Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 20 en p. 42 e.v. Vgl. ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 148-149; N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 220. Zie voor een bespreking van het verschil tussen de eigendom ten titel van beheer en de trust: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 110-114.

87 Overigens is een expliciete wettelijke grondslag voor de eenzijdige verklaring van trust ofwel de 'declaration of trust' niet een vreemd concept in het continentale recht. Zowel het Japanse als het Zuid-Koreaanse trustrecht hebben als 'civil law' landen een wettelijke grondslag in de wet geïntroduceerd voor de 'declaration of trust'. In dit kader kunnen het Japanse en Zuid-Koreaanse trustrecht als goede voorbeelden dienen voor het Curaçaose trustrecht, omdat beide rechtssystemen sterk zijn beïnvloed door Europese landen met een continentaal rechtssysteem. In dit geval wordt gemakshalve het Zuid-Koreaanse trustrecht als voorbeeld genomen. Als gevolg van de grote invloed van het Duitse rechtssysteem op het Zuid-Koreaanse privaatrecht, heeft in het verleden het Duitse Burgerlijk Wetboek (BGB) als voorbeeld gefungeerd en het Zuid-Koreaanse Burgerlijk Wetboek is grotendeels op het Duitse recht gebaseerd. Het Zuid-Koreaanse trustrecht kent evenals het Curaçaose recht het numerus clausus beginsel en de Zuid-Koreaanse wetgever heeft als gevolg hiervan een expliciete wettelijke grondslag in het trustrecht opgenomen om de instelling van de trust krachtens een 'declaration of trust' mogelijk te maken. Deze instelling van de trust krachtens een 'declaration of trust' geschiedt – evenals hetgeen is voorgesteld voor het Curaçaose trustrecht – door middel van een notariële trustakte en naar Zuid-Koreaans trustrecht is er géén sprake van een overdracht aan zichzelf, doch enkel een wijziging van hoedanigheid. Zie hiervoor: article 3 (iii) Japanese Trust Act 2006; article 3 (iii) Korean Trust Act 2011; M. Arai, 'Trust law in Japan: inspiring changes in Asia, 1922 and 2006' in: L. Ho & R. Lee (red.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions: A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 27-30; Y.C. Wu, 'Trust Law in South Korea: developments and challenges' in: L. Ho & R. Lee (red.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions: A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 46-51.

88 Zie paragraaf 3.3.4.

worden ingeschreven in de openbare registers.[89] Om het heffingsprobleem – dat in het geval van een eenzijdige verklaring van trust ontstaat – in de overdrachtsbelasting op te lossen, kan de Curaçaose wetgever – zoals reeds eerder is betoogd – belastingtechnisch de instelling van de trust krachtens een verklaring van trust onderwerpen aan de overdrachtsbelasting door de wijziging van hoedanigheid in casu fiscaalrechtelijk aan te merken als een overdracht, ook al is zulks civielrechtelijk niet als een overdracht te beschouwen.[90] Een wettelijke fictie in de fiscale wetgeving voor het heffingsprobleem is derhalve de beste oplossing.[91]

3.4.3 *Vastlegging van de voor de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust mogelijke wijzen van toevertrouwen in een afzonderlijke wetsbepaling*

Beide wijzen van toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee dienen naar mijn opvatting – anders dan de wijze waarop de Curaçaose wetgever het thans heeft geregeld – in een afzonderlijke wetsbepaling te worden vastgelegd. De achterliggende reden hiervoor is dat het voor de rechtstoepasser simpelweg duidelijk moet zijn op welke wijze de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust kan plaatsvinden. Dit betekent dat in de wetsbepaling moet worden opgenomen dat de instelling van een trust geschiedt door middel van een overdracht of een eenzijdige verklaring van trust. Daarnaast kan, indien de Curaçaose wetgever dit wenselijk acht, in dezelfde wetsbepaling uitdrukkelijk worden bepaald, dat de trustee na de instelling van de trust en gedurende het bestaan van de trust de rechthebbende is van de onder trustverband geplaatste goederen. Zodoende bevestigt een dergelijke bepaling het feit dat de trustee daadwerkelijk de volledig rechthebbende is van de trustgoederen en dat er op generlei wijze sprake is van een splitsing van de eigendom in het kader van de trust.[92]

3.5 Een erfrechtelijke regeling voor de testamentaire trust

Naast het feit dat de instelling van de 'inter vivos' trust naar Curaçaos recht thans een aantal tekortkomingen vertoont, heeft de Curaçaose wetgever – zoals

89 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 75-76; Vgl. ook: R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 86; M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 196-198; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 222-226.

90 Zie ook paragraaf 4.2.1

91 Dit betekent aldus een wijziging van art. 1 Overdrachtsbelastingverordening 1908.

92 Zie in dit kader ook paragraaf 2.3.2.

eerder in paragraaf 3.3.4 is opgemerkt – niet in een erfrechtelijke regeling voorzien. Dit heeft tot gevolg gehad dat thans het tijdstip van totstandkoming van de testamentaire trust naar Curaçaos recht onzeker is. De vraag die in casu moet worden beantwoord is op welke wijze in dit verband aan de afwikkeling van de nalatenschap vorm moet worden gegeven, zodat de totstandkoming van de testamentaire trust naar Curaçaos recht geen praktische problemen oplevert.

Aertsen[93] betoogt in zijn proefschrift dat het erfrecht geen aanpassing behoeft om een eenzijdige overgang van de goederen mogelijk te maken.[94] Hij argumenteert als volgt:

> "De insteller kan in zijn testament bepalen dat (een deel van) zijn nalatenschap bij zijn overlijden onder trustverband wordt geplaatst en dat zijn erfgenamen de trustees van het betreffende vermogen zullen zijn. (…) Als de insteller vervolgens overlijdt, gaat de betreffende nalatenschap (of het betreffende deel daarvan) krachtens opvolging onder algemene titel over op de erfgenamen, die tevens trustees zijn. Erfgenamen die de verkrijging van het trustvermogen en de functie van trustee niet wensen te aanvaarden, kunnen de nalatenschap verwerpen. De situatie is anders, als de insteller slechts één of meer bepaalde goederen, en niet zijn gehele vermogen of een deel daarvan, onder trustverband wil plaatsen. De insteller kan de betreffende goederen bij testament onder trustverband plaatsen en hij kan bij testament één of meer trustees aanwijzen, maar hij kan de betreffende goederen niet door middel van een eenzijdige testamentaire beschikkingshandeling op de trustees laten overgaan. De overgang van één of meer bepaalde goederen dient op grond van een legaat te geschieden."[95]

Bij het standpunt en de daarbij behorende argumenten van Aertsen maak ik de volgende kanttekeningen.

Ten eerste geeft Aertsen mijns inziens – door aan te stippen dat de betreffende nalatenschap (of een deel daarvan) krachtens opvolging onder algemene titel overgaat op de erfgenamen, die tevens trustees zijn – de indruk dat de totstandkoming van de testamentaire trust terstond geschiedt op het tijdstip van het overlijden van de insteller (*lees*: erflater) en dat op grond daarvan

---

93 Hoewel het standpunt van Aertsen toegespitst is op het Nederlandse recht, kan dit standpunt gezien het nagenoeg gelijkluidende Curaçaose erfrecht, ook worden gehanteerd voor het Curaçaose recht.

94 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 256-258.

95 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 257. Vgl. ook M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 187; J.B. Vegter, 'Over het belang van de Curaçaose trust voor de "estate planning" van Nederlandse particulieren', *WPNR* 2012/6946, p. 703.

zowel de goederen als de schulden van de nalatenschap overgaan op de trustees. Hier zij echter nogmaals gewezen op het feit dat uitsluitend *goederen* die deel uitmaken van de nalatenschap van de erflater onder trustverband kunnen worden geplaatst bij de instelling van de trust bij uiterste wilsbeschikking. De schulden die ten tijde van het overlijden van de erflater reeds bestonden, maken géén deel uit van het trustfonds. De nalatenschap die zowel uit positieve als negatieve vermogensbestanddelen bestaat, kan aldus niet als geheel onder trustverband worden geplaatst.

Daarnaast lijkt Aertsen uit te gaan van het feit dat een testamentaire trust ontstaat op het tijdstip van het overlijden van de erflater. Dat is naar mijn mening een onjuiste aanname. Indien een insteller een trust bij uiterste wilsbeschikking heeft ingesteld, dan dient de desbetreffende nalatenschap te worden afgewikkeld, alvorens de trust tot stand komt en de trustee de onder trust verband geplaatste goederen kan beheren ten behoeve van de (potentiële) begunstigden, dan wel ter verwezenlijking van een bepaald doel. Enkel op die wijze kan worden gegarandeerd dat schuldeisers van de nalatenschap niet op één of andere wijze kunnen worden benadeeld.

Voorts verbindt Aertsen in mijn opinie ten onrechte de keuzemogelijkheden die de erfgenaam ten aanzien van de nalatenschap heeft aan de functie van de trustee. De aanvaarding of verwerping van de nalatenschap staat los van de aanvaarding of verwerping van de functie van trustee en diens werkzaamheden, zodat een erfgenaam niet tevens trustee hoeft te zijn. Derhalve staat het de erfgenaam naar ik meen vrij om – indien hij als trustee is benoemd – een keuze te maken tussen het erfgenaamschap, het trusteeschap of een combinatie hiervan.

Ten slotte vindt Aertsen dat bij het onder trustverband plaatsen van één of meer goederen de overgang op de trustee krachtens legaat dient te geschieden. Ik deel deze mening niet. Er bestaat een wezenlijk verschil tussen het legaat als uiterste wilsbeschikking en de trust als uiterste wilsbeschikking. Ingevolge art. 4:117 BWC behelst een legaat een vorderingsrecht dat tot doel heeft de legataris te bevoordelen.[96] Indien de erflater een aantal goederen legateert, impliceert dit dat op grond van het legaat een verbintenisrechtelijke verplichting tot levering van de gelegateerde goederen op de erfgenamen rust. Anders dan het legaat vloeit de verplichting tot levering van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee voort uit de intentie van de insteller (*lees*: erflater) om een trust – die door de trustee ten behoeve van de (potentiële) begunstigde of ter verwezenlijking van een bepaald doel wordt beheerd – tot stand te brengen. In dat specifieke geval is de levering van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee als uitvoeringshandeling slechts onderdeel van één van de twee beschikkingshandelingen die moeten worden verricht teneinde de totstandkoming van de trust en daarmee de creatie van het trust-

96 Vgl. S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 562.

verband teweeg te brengen. De trust is naar mijn mening derhalve een eigensoortige rechtsfiguur – en hierdoor een eigensoortige uiterste wilsbeschikking – waarbij er in casu géén sprake is van een overgang ten titel van legaat, doch van een overgang ten titel van trust.[97/98]

Op basis van het bovenstaande en hetgeen in hoofdstuk 3 ten aanzien van de testamentaire trust is besproken, dient in mijn visie – om de vraag te beantwoorden op welk tijdstip de testamentaire trust tot stand komt – de afwikkeling van de nalatenschap naar Curaçaos recht op soortgelijke wijze te geschieden als in het Anglo-Amerikaanse recht. Ondanks de fundamentele verschillen met het Anglo-Amerikaanse erfrecht, kan naar mijn mening binnen de grenzen van het Curaçaose erfrecht hetzelfde resultaat worden bereikt indien het volgende wettelijk zou kunnen worden geregeld:

a. het opnemen van een uitdrukkelijke bepaling voor de instelling van de trust bij uiterste wilsbeschikking;
b. de wettelijke beperking van de keuzemogelijkheden[99] van de erfgenaam indien de erflater een trust bij uiterste wilsbeschikking heeft ingesteld en de aangewezen goederen deel uitmaken van de nalatenschap van de insteller;
c. het te allen tijde toepasselijk verklaren van de vereffeningsprocedure op de nalatenschap van de insteller ingeval een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, waarbij de erflater bij uiterste wilsbeschikking een executeur benoemt, dan wel de rechter in eerste aanleg ambtshalve een vereffenaar benoemt;
d. de introductie van een rangorderegeling ingeval nalatenschapsgoederen – waaronder ook aangewezen trustgoederen – te gelde moeten worden gemaakt ter voldoening van de nalatenschapsschulden;
e. de verplichting om krachtens de wet een last aan de erfgenamen op te leggen, teneinde de aangewezen goederen op de juiste wijze aan de beoogde trustee toe te vertrouwen indien een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld.

Het eerste wat naar mijn mening wenselijk zou zijn, is dat de Curaçaose wetgever – zoals is voorgesteld voor de instelling van de 'inter vivos' trust naar Curaçaos recht – uitdrukkelijk in een afzonderlijke wetsbepaling de

97 Zie ook art. 3:130 lid 1 BWC, waaruit kan worden afgeleid dat het Curaçaose recht naast de soorten uiterste wilsbeschikkingen in titel 4.5 BWC, tevens de trust als uiterste wilsbeschikking kent. Mijns inziens voldoet de Curaçaose trust op grond van art. 4:42 BWC aan de eisen van een testamentaire beschikking.

98 Een uitzondering op het besprokene vormt de situatie waarin de erfgenaam tevens als trustee is benoemd. In dat geval vindt er geen overgang ten titel van trust plaats.

99 Het gaat hier om de wettelijke beperking van de keuzemogelijkheden in die zin dat de erfgenamen de keuze hebben tussen de beneficiaire aanvaarding en de verwerping zoals bedoeld in art. 4:190 BWC.

mogelijkheid tot de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking vastlegt.[100] In dat geval zou het voor de rechtstoepasser – evenals bij de instelling van een 'inter vivos' trust – op ondubbelzinnige wijze vaststaan dat de trust bij uiterste wilsbeschikking kan worden ingesteld.

Heeft de insteller (*lees*: erflater) gekozen voor de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking, dan dient mijns inziens voorafgaand aan de totstandkoming van deze trust, de nalatenschap te worden vereffend. Zoals uit art. 4:182 BWC volgt, gaat de nalatenschap krachtens erfopvolging onder algemene titel over op de erfgenamen. Wanneer in het Curaçaose recht een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, zal de nalatenschap bestaan uit de nalatenschapsgoederen, de nalatenschapsschulden en de goederen die als gevolg van de intentie van de erflater op het tijdstip van zijn overlijden zijn aangewezen om onder trustverband te worden geplaatst. De erfgenamen hebben op het tijdstip van het openvallen van de nalatenschap normaliter een drietal keuzemogelijkheden. In verband met het complexe karakter van de trust, zou mijns inziens evenwel wettelijk moeten worden bepaald dat indien een erfgenaam zou kiezen om een nalatenschap te aanvaarden waarin de erflater tevens een aantal goederen heeft aangewezen die onder trustverband moeten worden geplaatst, de aanvaarding uitsluitend beneficiair, met andere woorden, onder het voorrecht van boedelbeschrijving, zou kunnen geschieden.[101] Dit zou kunnen worden gerealiseerd door een specifiek artikel op te nemen in titel 4.6.2 BWC.

Indien de nalatenschap door één of meer erfgenamen beneficiair is aanvaard, wordt in beginsel overeenkomstig titel 4.6.3 BWC vereffend.[102] Wanneer de aangewezen goederen die onder trustverband moeten worden geplaatst deel uitmaken van de nalatenschap, moet naar mijn mening – gezien de zorgvuldigheid die moet worden betracht bij de vereffening van een nalatenschap met bijzondere goederen – wettelijk worden bepaald dat de vereffening van de nalatenschap overeenkomstig titel 4.6.3 BWC te allen tijde verplicht is en dient de rechter in eerste aanleg – indien er geen executeur bij uiterste wilsbeschikking is benoemd – in casu ambtshalve een vereffenaar te benoemen. Dit kan eenvoudigweg worden bewerkstelligd door het voorgaande in art. 4:202 BWC op te nemen.

Wanneer de nalatenschap als gevolg van de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking krachtens het bepaalde in titel 4.6.3 BWC vereffend dient te worden, zal de executeur c.q. vereffenaar de goederen der nalatenschap – waaronder de aangewezen goederen die onder trustverband moeten worden

100 Het genoemde kan desnoods in dezelfde wetsbepaling worden opgenomen waarin alle andere wijzen waarop de instelling van de Curaçaose trust kan geschieden, is geregeld.

101 Bij zuivere aanvaarding vloeien de privégoederen van de erfgenamen met het geërfde vermogen – waaronder de aangewezen goederen die onder trustverband moeten worden geplaatst – door elkaar.

102 Art. 4:195 jo. art. 4:202 BWC

geplaatst – ingevolge art. 4:215 BWC te gelde dienen te maken, voor zover dit voor de voldoening van de schulden der nalatenschap nodig zal zijn. In aanvulling op deze regeling zou de Curaçaose wetgever mijns inziens een bijzondere bepaling op moeten nemen waarin wordt bepaald dat de nalatenschapsgoederen als eerste te gelde moeten worden gemaakt. Pas op het moment dat alle nalatenschapsgoederen te gelde zijn gemaakt, komen de aangewezen trustgoederen hiervoor in aanmerking. Wordt dit niet wettelijk geregeld, dan zouden de trustgoederen onnodig te gelde kunnen worden gemaakt met als gevolg dat de testamentaire trust niet tot stand kan worden gebracht, dan wel niet alle aangewezen goederen onder trustverband zouden kunnen worden geplaatst indien het saldo van de nalatenschap positief is.

Is de vereffening krachtens het bepaalde in titel 4.6.3 BWC voltooid en met een overschot beëindigd, dan dient de executeur c.q. de vereffenaar, op grond van art. 4:226 BWC de overgebleven goederen – inclusief de aangewezen trustgoederen – aan de erfgenamen af te geven. Indien de aangewezen trustgoederen deel uitmaken van de overgebleven goederen, kan het toevertrouwen aan de trustee naar mijn mening wettelijk zo worden geregeld dat aan de erfgenamen een krachtens de wet geïndiceerde last wordt opgelegd om ter uitvoering van de trust, de trustgoederen ten titel van trust over te dragen aan een derde die trustee wordt.[103] Hoewel de overdracht in dit specifieke geval ten titel van trust geschiedt, is er naar ik meen in een dergelijk geval sprake van een verkrijging krachtens erfrecht. Dit heeft tot gevolg dat de testamentaire trust pas op het tijdstip van verkrijging door de trustee – in casu na de voltooiing van de levering door de erfgenamen – tot stand komt. Is de erfgenaam echter tevens als trustee benoemd, dan worden de trustgoederen aan hem afgegeven en blijft een overdracht achterwege. In dat geval kan de Curaçaose wetgever het beste opteren om wettelijk te vast te leggen dat de rechter in eerste aanleg, onmiddellijk na de beëindiging van de bovenbeschreven vereffeningsprocedure, ambtshalve een beschikking afgeeft waarin wordt verklaard dat de vereffeningsprocedure ten einde is gekomen. In dat geval komt de testamentaire trust tot stand op de datum van de afgifte van de rechterlijke beschikking. Wanneer het saldo der nalatenschap na de vereffeningsprocedure ontoereikend is en er blijven geen trustgoederen over, komt géén testamentaire trust tot stand.

Voor wat betreft de verkrijging van de bundel van rechten, verplichtingen en remedies door de (potentiële) begunstigde bij een testamentaire trust, geschiedt deze van rechtswege. Ik kwalificeer een dergelijke verkrijging – anders dan het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de beoogde

103 Men vergelijke in dit kader art. 4:135 lid 2 jo. lid 3 BWC, met dien verstande dat de trust te allen tijde wordt ingesteld bij notariële akte en de belanghebbenden bij de trust – men denke hierbij bijvoorbeeld aan de trustee in spe of de aangewezen (potentiële) begunstigden – kunnen vorderen dat de erfgenamen op wie de last rust, worden veroordeeld door de rechter in eerste aanleg tot de instelling van de testamentaire trust.

trustee – als een verkrijging krachtens legaat. Hierbij zij overigens opgemerkt dat een aanwijzing als potentiële begunstigde[104] van nog niet bestaande natuurlijke of rechtspersonen bij een testamentaire trust mogelijk is, gelet op het feit dat het bepaalde in art. 3:153 lid 1 BWC mijns inziens – hoewel dit niet direct uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid – een uitzondering vormt op de bestaanseis van art. 4:56 BWC. Het is evenwel naar mijn mening wenselijk dat de Curaçaose wetgever deze uitzondering expliciet in art. 4:56 BWC opneemt.

Indien de Curaçaose wetgever voor de bovenbeschreven wijze van boedelafwikkeling kiest, wordt zonder meer rekening gehouden met zowel de belangen van de nalatenschapsschuldeisers als de bedoeling van de insteller om een testamentaire trust in het leven te roepen. Voorts wordt de rechtsonzekerheid omtrent de totstandkoming van de testamentaire trust zonder al te ingrijpende wijzigingen van het Curaçaose erfrecht opgelost.

Ten slotte is het in dit kader vermeldenswaard dat de legitieme portie met de inwerkingtreding van de Landsverordening erfrecht en schenking per 1 januari 2012 is afgeschaft, zodat er geen rekening behoeft te worden gehouden met de legitimaris bij de afwikkeling van de nalatenschap naar Curaçaos recht.[105]

3.6 Het stellen van voorwaarden aan het plaatsen van een onderneming of aandeel in een personenvennootschap onder trustverband

In paragraaf 3.3.5.2 is reeds uiteengezet dat het plaatsen van een onderneming c.q. aandeel in een personenvennootschap onder trustverband kan resulteren in een actio pauliana, met als gevolg dat de betrokken notaris dienst zal moeten weigeren teneinde beroepsaansprakelijkheid te voorkomen. Om te voorkomen dat de notaris stelselmatig tot dienstweigering overgaat en ter waarborging van de belangen van de betrokken derden moet de Curaçaose wetgever naar mijn mening een bepaling in de trustwetgeving opnemen waarin een aantal wettelijke voorwaarden worden gesteld aan het plaatsen van ondernemingsactiva onder trustverband.

De insteller die een Curaçaose trust wil instellen waarbij hij ondernemingsactiva onder trustverband plaatst zou aan de volgende wettelijke voorwaarden moeten voldoen:

104 Hiermee wordt in casu bedoeld dat deze personen onderdeel uitmaken van de groep der potentiële begunstigden van de trust.

105 MvT Landsverordening erfrecht en schenking, *Publicatieblad* 2011, nr. 68, p. 1-3.

1. hij moet een accountsverklaring aan de notaris kunnen overleggen waaruit blijkt dat er sprake is van een financieel gezond(e) onderneming of samenwerkingsverband;[106] en
2. hij moet andere positieve vermogensbestanddelen (goederen) in zijn vermogen kunnen aanwijzen waarop de schuldeisers van de onderneming of het samenwerkingsverband zich kunnen verhalen.

Wordt er niet aan de bovengenoemde voorwaarden voldaan, dan is het voor de insteller niet mogelijk om ondernemingsactiva onder trustverband te plaatsen.

3.7 Verlening voorrecht trustee voor het voorschieten van trustkosten uit privévermogen

Zoals in paragraaf 3.3.5.3 is uiteengezet, kan een trustee in de uitoefening van zijn functie schulden aangaan gedurende het bestaan van de trust en is hiervoor in beginsel in hoedanigheid van trustee aansprakelijk. De situatie kan zich voordoen waarin de trustee in die hoedanigheid kosten heeft gemaakt ten behoeve van de trust die hij voorschiet uit zijn privévermogen en het trustfonds niet toereikend is om alle trustkosten c.q. schulden te voldoen.[107/108] In dergelijke gevallen acht ik het wenselijk dat de Curaçaose wetgever aan de trustee een voorrangsrecht verleent in de vorm van een algemeen voorrecht, dan wel een wettelijk voorrangsrecht als bedoeld in art. 3:278 lid 1, slot BWC, om de kosten die hij uit zijn privévermogen ten behoeve van de trust heeft voorgeschoten met voorrang te verhalen op de netto-opbrengst van het trustfonds.[109/110]

106 Dit betekent dat onderzoek dient te worden gedaan naar de levensvatbaarheid van de onderneming of samenwerkingsverband.

107 Het ligt voor de hand dat bij de samenloop van verhaalsrechten binnen het Curaçaose trustrecht het bepaalde in art. 3:278 BWC van toepassing is.

108 Art. 3:157 lid 1 BWC bepaalt dat in beginsel de uitgaven van een trustee en andere bevoegde personen die bevoegdelijk zijn gedaan, alsmede de aan de trustee toekomende beloning, in de eerste plaats ten laste van het zuiver inkomen uit het trustfonds en vervolgens uit het trustfonds. Aan de solvabiliteit van het trustfonds en de situatie waarin de trustee in hoedanigheid in faillissement verkeert besteedt de memorie van toelichting geen aandacht.

109 Dit zal naar mijn mening echter moeten worden uitgesloten indien de trustee handelt in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen.

110 In het Anglo-Amerikaanse trustrecht heeft de trustee in dit soort gevallen een 'equitable lien' op het trustfonds. Zie hiervoor o.a.: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 344; A. Walder, *Halsbury's Laws of England. Lien* (volume 68), London: LexisNexis 2021, nrs. 903, 978.

3.8 Aanpassing en uitbreiding van de (goederenrechtelijke) remedies van de (potentiële) begunstigde in het Curaçaose trustrecht

3.8.1 Aanpassing van de wetsbepaling ter zake van de goederenrechtelijke opvorderingsactie

Ondanks het feit dat Curaçao als land met een continentaal rechtssysteem een vernieuwende stap heeft gezet met de introductie van een goederenrechtelijke remedie in zijn trustrecht – de goederenrechtelijke opvorderingsactie van de (potentiële) begunstigde, vertoont deze remedie een aantal tekortkomingen die de uitoefening ervan veelal zal beletten. Op welke wijze zou de Curaçaose wetgever deze tekortkomingen het beste kunnen opheffen? In het onderstaande wordt een aantal alternatieven besproken die bij kunnen dragen aan een betere toepassing van de bevoegdheid tot terugvordering.

Allereerst brengt het regelend karakter van art. 3:156 lid 3 BWC met zich dat één van de meest fundamentele bevoegdheden binnen het trustrecht, de bevoegdheid van de (potentiële) begunstigde of protector tot terugvordering van de trustgoederen in geval van een 'breach of trust', bij trustakte kan worden uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat de handhaving van de Curaçaose trust door de (potentiële) begunstigde of protector niet op een doeltreffende wijze zal kunnen geschieden, hetgeen de werking van de trust belet.[111] Om dit probleem te ondervangen dient mijns inziens het bepaalde in art. 3:156 lid 3 BWC van dwingend recht te zijn. Wijkt de insteller hier niettemin van af, dan is een dergelijk beding nietig.

Verder levert de formulering van art. 3:156 lid 2 BWC thans ten aanzien van trustgoederen die geen zaken zijn, problemen op. Op basis van het bepaalde in art. 3:156 lid 2 BWC kunnen behoudens derdenbescherming alle tot het trustfonds behorende goederen worden teruggevorderd. Zoals uit paragraaf 3.3.9.2.4 reeds is gebleken, is het thans niet mogelijk om vermogensrechten in goederenrechtelijke zin terug te vorderen. Dit impliceert dat enkel trustzaken waarover de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen heeft beschikt, vatbaar zijn voor terugvordering. Art. 3:156 lid 2 BWC dient derhalve op zodanige wijze te worden geformuleerd dat de bevoegdheid tot terugvordering uitsluitend betrekking heeft op trustzaken.

Ten slotte kent art. 3:156 lid 3 BWC – naast de begunstigde (*lees ook*: (potentiële) begunstigde) – aan de protector de bevoegdheid tot terugvordering toe. Het lijkt erop dat de protector deze bevoegdheid te allen tijde mag uitoefenen.[112] Een protector voert evenwel, anders dan een (potentiële) begunstigde, een toezichthoudende functie uit en heeft in die hoedanigheid geen (economische) belangen in de trust. Om deze reden ben ik van mening dat aan de

111 Zie paragraaf 3.3.9.2.4.

112 De memorie van toelichting vermeldt hier verder niets over. Zie in dit kader: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

protector dan ook geen goederenrechtelijke middelen behoeven te worden verleend, teneinde zijn belangen te beschermen. Ik pleit derhalve voor de toekenning van de bevoegdheid tot terugvordering aan de protector louter in dié gevallen waarin hij is benoemd vanwege het feit dat de (potentiële) begunstigde zijn (economische) belangen in de trust zelf niet kan behartigen, dan wel een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel is ingesteld. Is de (potentiële) begunstigde wel in staat om zijn (economische) belangen te behartigen, dan komt deze bevoegdheid niet aan de protector toe.

3.8.2 Introductie van een voorrangsrecht voor de (potentiële) begunstigde in geval van een 'breach of trust'

Binnen het Curaçaose trustrecht kunnen niet enkel oorspronkelijke trustzaken worden teruggevorderd. Art. 3:156 lid 3 BWC bepaalt dat terugvordering tevens mogelijk is ten aanzien van trustgoederen (*lees*: trustzaken) die in de plaats van de oorspronkelijke trustgoederen zijn getreden.[113] Deze mogelijkheid tot terugvordering kan echter in bepaalde gevallen worden bemoeilijkt. Allereerst kan de goederenrechtelijke bevoegdheid tot terugvordering niet worden uitgeoefend wanneer de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen heeft beschikt over (relatieve) vermogensrechten die tot het trustfonds hebben behoord en de verkrijger geen derdenbescherming geniet. Tevens kan een goederenrechtelijke terugvordering worden verhinderd indien de tot het trustfonds behorende goederen worden verkregen:

i. door derden niet te goeder trouw en *anders dan om niet*; dan wel
ii. door derden te goeder trouw, doch *om niet*;

en deze trustgoederen vervolgens met goederen uit hun privévermogen samengaan, waardoor wijzigingen in de eigendomsverhoudingen plaatsvinden als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging.[114] Terugvordering kan ten slotte worden belemmerd in gevallen waarin een trustee goederen in privé verkrijgt die hij gefinancierd heeft met goederen die afkomstig zijn uit het trustfonds.[115]

---

113 Het gemelde is mijns inziens geen vreemd concept. Ik acht de revindicatie van gesubstitueerde zaken in het algemeen eveneens mogelijk, gelet op het feit dat een eigenaar dezelfde eigendomsaanspraken op een zaak behoudt na het intreden van zaaksvervanging. Zie voor de toepassing en de werking van zaaksvervanging in het algemeen o.a.: J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

114 Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de situatie waarin een derde niet te goeder trouw een niet kostbare edelsteen die tot het trustfonds behoort, anders dan om niet verkrijgt en vervolgens in een kostbare platinaring plaatst. Als gevolg van zaaksvorming gaat de edelsteen – die bestanddeel wordt van de platinaring – aldus tot het vermogen van de derde behoren. Zie in dit kader tevens artt. 5:14, 5:15 en 5:16 BWC.

115 Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen 300.000 euro aan zichzelf uitkeert om vervolgens een woning ter waarde van 500.000 euro in privé te verwerven.

In de bovenbeschreven situaties kan de trustrechtelijke schending tot (eigendoms)verlies van de trustgoederen leiden en hebben de (potentiële) begunstigden enkel een vordering tot vergoeding van de waarde van het trustgoed dat deel heeft uitgemaakt van het trustfonds. Om de aanspraken op het trustfonds in dergelijke gevallen te beschermen, dan wel het (eigendoms)verlies te compenseren, is het naar mijn mening wenselijk dat de Curaçaose wetgever binnen de grenzen van het Curaçaose goederenrecht een voorrangsrecht aan de (potentiële) begunstigde zou toekennen om deze vordering tot vergoeding van de waarde van het betreffende trustgoed, bij voorrang te verhalen.[116] Dit kan naar ik meen onder andere in de vorm van een wettelijk pandrecht op de opbrengst van het trustgoed dat gezamenlijk toekomt aan de (potentiële) begunstigden, waarbij bij niet-uitbetaling van hetgeen is verschuldigd, het verkregen goed kan worden uitgewonnen.[117/118] Deze uitwinning kan op soortgelijke wijze geschieden als bedoeld in art. 3:259 lid 3 BWC. Een vergelijkbaar doch een minder sterk recht betreft een voorrecht ex art. 3:278 lid 2 BWC dat aan de vordering tot waardevergoeding van het trustgoed kan worden verbonden.[119] Hierbij verkrijgt de (potentiële) begunstigde een voorrecht op het betreffende (gesubstitueerde) goed dat in het bezit is van de trustee of een derde die geen derdenbescherming geniet.[120] Een

116 Ingeval goederen door de trustee in privé worden verkregen die voor meer dan 50% zijn gefinancierd zijn door goederen die afkomstig zijn uit het trustfonds, zou de Curaçaose wetgever alternatief kunnen kiezen voor het opnemen van specifieke bepalingen van (oneigenlijke) zaaksvervanging in titel 3.6 BWC. Men denke in casu bijvoorbeeld aan een regeling vergelijkbaar met het bepaalde in art. 1:124 (oud) BW of art. 4:24 BWC waarbij de door de trustee verkregen goederen in privé in dergelijke gevallen tot het trustfonds gaan behoren. De vraag in dit specifieke geval is of deze benadering al met al tot een bevredigende oplossing leidt. Zie voor oneigenlijke zaaksvervanging: A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 98 e.v.; J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, par. 5.4.

117 Aangezien het niet bij voorbaat bekend is op welk goed precies het wettelijk zekerheidsrecht zal komen te rusten, kan een wettelijk zekerheidsrecht op het goed zelf voor complicaties zorgen. Men denke in casu aan de situatie waarin registergoederen zijn betrokken. In dat geval is een wettelijk hypotheek op een dergelijke goed in het huidige recht naar ik aanneem niet wenselijk en zelfs uitgesloten. Vandaar dat hier gekozen is voor een wettelijk pandrecht op de opbrengst van het goed.

118 Zie voor een uiteenzetting van art. 3:259 BWC in het Curaçaose recht: M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 265-267. Vgl. ook: G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak & T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 672.

119 Voor de uiteenzetting van het karakter en de werking van voorrechten vgl.: J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Monografieën BW nr. B13)*, Deventer: Kluwer 2017; A.I.M. van Mierlo & K.J. Krzeminski, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 12, 466 t/m 495; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 756-776.

120 Zie titel 3.10.2. BWC.

andere mogelijkheid die de Curaçaose wetgever naar mijn oordeel zou kunnen overwegen is het opnemen van een specifieke bepaling – en daarmee een wettelijk voorrangsrecht zoals bedoeld in art. 3:278 lid 1 BWC – in titel 3.6. BWC op grond waarvan de (potentiële) begunstigde in de bovenvermelde gevallen met voorrang de waarde van het betreffende trustgoed kan verhalen op de netto-opbrengst van het betreffende goed.[121]

Indien de Curaçaose wetgever voor één van de voorgestelde regelingen kiest, zou de goederenrechtelijke remedies in het Anglo-Amerikaanse trustrecht binnen het Curaçaose goederenrechtelijk systeem ten dele kunnen worden nagebootst. Dit correspondeert alsdan met het feit dat (potentiële) beneficiaries in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – voor zover dat mogelijk is – schuldeisers zijn die voorrang genieten.[122]

---

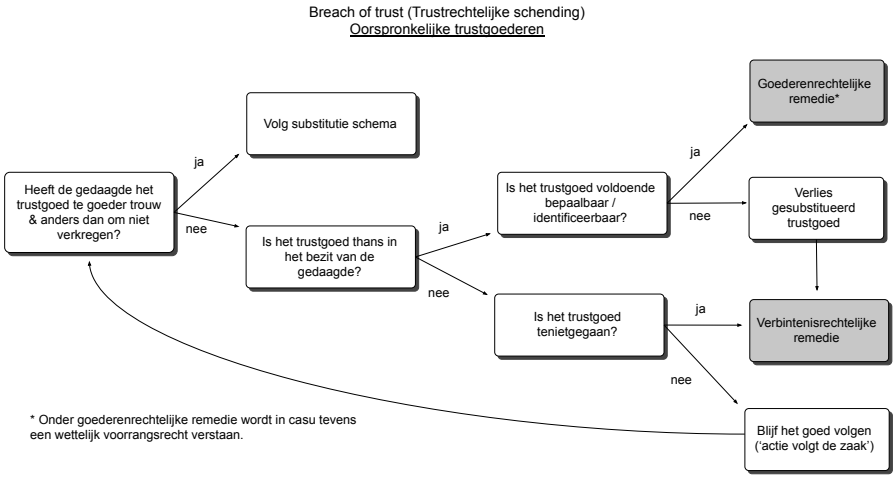
121 In casu creëert de Curaçaose wetgever een wettelijke grond voor voorrang in zin van art. 3:278 lid 1, slot BWC (" de andere in de wet aangegeven gronden"). Zie ook: M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 989-990. Vgl. ook: A.I.M. van Mierlo & K.J. Krzeminski, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 13; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 601.

122 In de uitspraak van de Privy Council *Space Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce Trust Co. (Bahamas) Ltd.* [1986] 1 W.L.R. 1072, speelde de vraag of beneficiaries van een trust in het faillissement van een bank die als trustee optrad en trustgelden bij zichzelf in deposito had geplaatst, de trustgelden met voorrang konden verhalen boven crediteuren van de bank die geen zekerheid hadden bedongen. Het volgende werd opgemerkt (p. 1074): "[…] customers and other unsecured creditors voluntarily accept the risk that the trustee bank might become insolvent and unable to discharge its obligations in full. On the other hand, the settler of the trust and the beneficiaries interested under the trust, never accept any risks involved in the possible insolvency of the trustee bank. On the contrary, the settler could be certain that if the trusts were lawfully administered, the trustee bank could never make use of trust money for its own purposes and would always be obliged to segregate trust money and trust property in the manner authorised by law and by the trust instrument free from any risks involved in the possible insolvency of the trustee bank. It is therefore equitable that where the trustee bank has unlawfully misappropriated trust money by treating the trust money as though it belonged to the bank beneficially, merely acknowledging and recording the amount in a trust deposit account with the bank, then the claims of the beneficiaries should be paid in full out of the assets of the trustee bank in priority to the claims of the customers and other unsecured creditors of the bank.[…]".
Zie ook *In re Hallett's Estate* [1880] 13 Ch.D. 696, p. 719, waarin het volgende wordt vermeld: "[…] that if a man mixes trust funds with his own, the whole will be treated as the trust property, except so far as he may be able to distinguish what is his own," that is, that the trust property comes first".

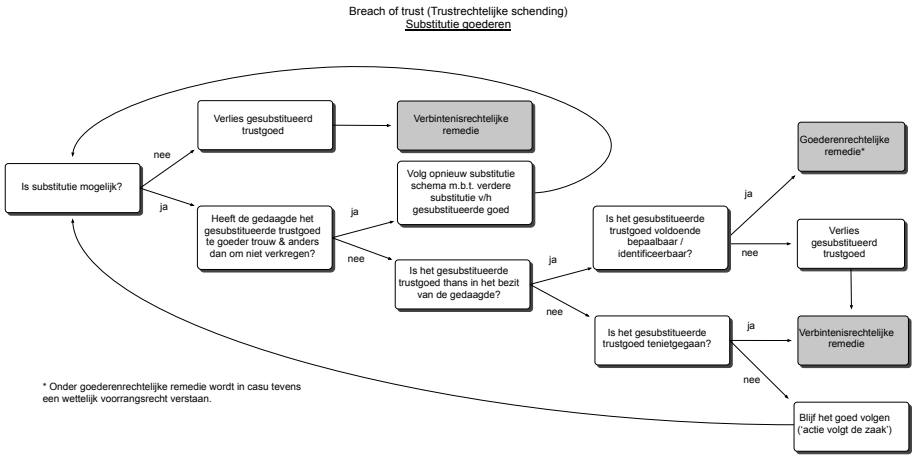
3.8.3 Proces ter bepaling van remedies van de (potentiële) begunstigde bij een 'breach of trust'

Omwille van de duidelijkheid en de volledigheid wordt het proces ter bepaling van de remedies van een (potentiële) begunstigde in het onderstaande schematisch weergegeven.

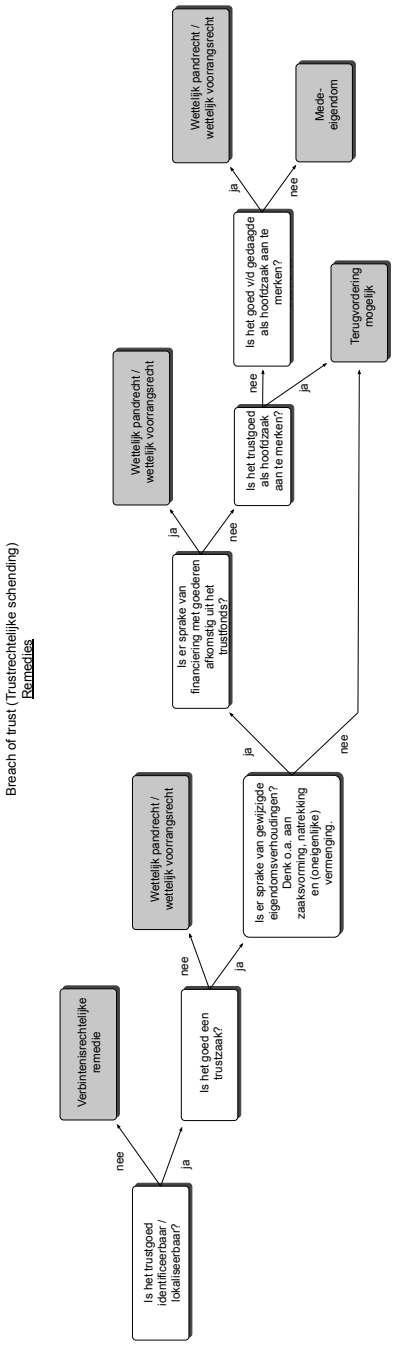
1. Proces oorspronkelijke trustgoederen



2. Proces substitutiegoederen



3. Remedies


Breach of trust (Trustrechtelijke schending)
Remedies
Is het trustgoed identificeerbaar / lokaliseerbaar?
nee
ja
Verbintenisrechtelijke remedie
Is het goed een trustzaak?
nee
ja
Wettelijk pandrecht / wettelijk voorrangsrecht
Is er sprake van gewijzigde eigendomsverhoudingen? Denk o.a. aan zaaksvorming, natrekking en (onrechtmatige) vermenging.
ja
nee
Is er sprake van financiering met goederen afkomstig uit het trustfonds?
ja
nee
Wettelijk pandrecht / wettelijk voorrangsrecht
Is het trustgoed als hoofdzaak aan te merken?
nee
ja
Terugvordering mogelijk
Is het goed v/d gedaagde als hoofdzaak aan te merken?
ja
nee
Wettelijk pandrecht / wettelijk voorrangsrecht
Mede-eigendom

3.9 Introductie van een algemene beperking op de beschikkingsbevoegdheid van de trustee

Thans bepaalt de Curaçaose trustwet dat de trustee in beginsel onbeperkte beschikkingsbevoegdheid heeft. De verplichtingen van de trustee jegens de (potentiële) begunstigde voortvloeiende uit het trustverband dat op de aangewezen goederen rust, brengen evenwel mijns inziens – vanwege het goederenrechtelijk effect van het trustverband – een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee in het Curaçaose recht teweeg.[123] De trustee dient immers – ongeacht de strekking van het trustverband – in het belang van de (potentiële) begunstigde te handelen. Laat de trustee dit na, dan wordt zijn beschikkingsbevoegdheid vanwege het goederenrechtelijk effect van het trustverband beperkt. Teneinde het voorgaande duidelijk tot uitdrukking te brengen, is het naar mijn mening aan te bevelen dat de Curaçaose wetgever wettelijk vastlegt dat de trustee over een trustgoed kan beschikken, voor zover uit de rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde niet anders voortvloeit.

3.10 Verruiming bescherming van opvolgende verkrijgers te goeder trouw bij een 'breach of trust'

Een vierde of opvolgende verkrijger die een trustgoed te goeder trouw en *anders dan om niet* heeft verkregen van een derde-verkrijger die niet te goeder trouw is, wordt in het huidige Curaçaose trustrecht voor wat betreft een overdracht anders dan waarop art. 3:86 BWC van toepassing is, niet beschermd tegen een ongeldige eigendomsoverdracht ex art. 3:88 lid 1 BWC.[124] Krachtens het bepaalde in art. 3:88 BWC wordt enkel derdenbescherming geboden aan een derde-verkrijger indien de beschikkingsonbevoegdheid het gevolg is van de ongeldigheid van een eerdere overdracht die veroorzaakt is door een titel- of leveringsgebrek.[125] Bij een 'breach of trust' vloeit de beschikkingsonbevoegdheid van de rechthebbende echter voort uit een gebrek in de beschikkingsonbevoegdheid van een eerdere overdracht. Het ontbreken van wettelijke bescherming van de opvolgende verkrijger die te goeder trouw en anders dan om niet heeft verkregen, leidt ertoe dat de (potentiële) begunstigden ondanks de goede trouw van de opvolgende verkrijger, de hun ter beschikking staande remedies kunnen aanwenden met het verlies van het betreffende trustgoed

123 Zie paragraaf 3.3.9.2.4.

124 Zie paragraaf 3.3.9.2.4.

125 M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 756-757. Vgl. ook: W.H.M. Reehuis & E.F. Verheul, *Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid (Monografieën BW nr. B6d)*, Deventer: Kluwer 2022, nrs. 28 t/m 35.

voor de opvolgende verkrijger tot gevolg. Om in de voornoemde leemte in de wet te voorzien, moet de Curaçaose wetgever wettelijk bepalen dat de ongeldigheid van beschikking door de rechthebbende als bedoeld in art. 3:88 BWC die voortvloeit uit het effect van het trustverband, niet in de weg staat aan de geldigheid van een latere overdracht daarvan indien de derde-verkrijger te goeder trouw is en anders dan niet heeft verkregen.[126]

3.11 Kenbaarmaking trustbepalingen in het handelsregister die betrekking hebben op rechten van derden

Ondanks het feit dat art. 3:140 lid 4 BWC voorschrijft dat de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee aan bepaalde derden kan worden tegengeworpen indien deze is ingeschreven in het trustregister, heeft de Curaçaose wetgever besloten met de inwerkingtreding van de Landsverordening Trust de invoering van het voornoemde register achterwege te laten.[127] Ten gevolge hiervan – de derde zal immers vaker te goeder trouw zijn vanwege het ontbreken van het bedoelde register – kan de (potentiële) begunstigde momenteel in het Curaçaose recht minder vaak met succes een beroep doen op de hem toekomende remedies bij een 'breach of trust'. Dit euvel kan het beste worden gerepareerd door in titel 3.6 BWC, dan wel in het Handelsregisterbesluit 2009 te bepalen dat in aanvulling op het bepaalde in art. 5 lid 2 Handelsregisterverordening 2009[128], in het handelsregister over een trust voorts wordt opgenomen al hetgeen de trustakte bevat ter bepaling van de rechten van derden.[129] Zodoende wordt er voldaan aan de eis van kennis van het trustverband zoals bedoeld in art. 3:140 lid 4 BWC en past een dergelijke oplossing binnen het Curaçaose handelsregistersysteem zonder dat de invoering van een speciaal trustregister noodzakelijk is.

126 Het bepaalde in art. 4:168 lid 2 BWC dient in casu als inspiratiebron met dien verstande dat in dit specifieke geval de vierde-verkrijger naast de goede trouw – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – tevens anders dan om niet moet hebben verkregen. Zie in dit kader ook: M.F. Murray, De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 1173-1174; Vgl. ook: M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 622-623; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 738.

127 Zie hiervoor paragraaf 3.3.9.2.4.

128 Deze bepaling stipuleert welke gegevens van een trust in het handelsregister dienen te worden ingeschreven.

129 Men vergelijke deze formulering met het Nederlandse art. 19 Handelsregisterbesluit 2008.

3.12 Vastlegging opvolgende benoeming van een trustee na de totstandkoming van de trust in de wet

In paragraaf 3.3.7 is eerder geconstateerd dat de vigerende Curaçaose trustwet geen wettelijke bepaling bevat op basis waarvan een benoeming van een trustee na de instelling van de trust kan geschieden. Enkel indien een trustee komt te ontbreken, dan wel een benoemingsbeding in de trustakte is opgenomen, is de benoeming van een trustee gedurende het bestaan van de trust mogelijk.[130/131] Voorts bestaat thans onzekerheid met betrekking tot de vraag of aan een opvolgende benoeming van een trustee, bijzondere vormvoorschriften zijn verbonden. Om de betrokkenen bij de trust in casu – naast de in de wet genoemde gevallen – meer mogelijkheden te geven, is het gewenst indien de Curaçaose wetgever wettelijk zou regelen dat trustees na de totstandkoming van de trust kunnen worden benoemd door de insteller, protector, dan wel een andere in de trustakte aangewezen persoon aan wie deze bevoegdheid is verleend. Omwille van de rechtszekerheid en het feit dat de aangewezen trustee bij aanvaarding van zijn functie de trustgoederen van rechtswege onder algemene titel verkrijgt, acht ik de benoeming en aanvaarding bij notariële akte noodzakelijk.

3.13 Verplichte aflegging rekening en verantwoording door de trustee en bescherming van het recht op behoorlijk beheer van de (potentiële) begunstigde

De verplichting van de trustee tot aflegging van rekening en verantwoording over het door hem gevoerde beheer – en derhalve het recht van de (potentiële) begunstigde op rekening en verantwoording – is op grond van het thans geldende art. 3:137 lid 3 BWC van regelend recht, hetgeen betekent dat deze verplichting bij trustakte kan worden uitgesloten. Hierin schuilt het gevaar dat het feit dat de trustee niet behoeft te worden onderworpen aan controle over zijn beheer, tot gevolg kan hebben dat zijn trustrechtelijke schendingen onopgemerkt blijven.[132] Een hiermee nauw samenhangend recht betreft bovendien het recht op inzage van de trustdocumenten. Ook dit recht heeft in het Curaçaose trustrecht een regelend karakter en kan aldus bij trustakte worden uitgesloten. Ter bescherming van deze rechten van de (potentiële) begunstigde dient de Curaçaose wetgever naar mijn mening te bepalen dat de wetsbepaling ter zake van de (jaarlijkse) aflegging van rekening en verantwoording en verlening van inzage in de trustdocumenten, van dwingend recht is. Derhalve zou bij trustakte hiervan niet kunnen worden afgeweken.

---

130 Art. 3:144 BWC.
131 Er wordt in casu onder andere geen rekening gehouden met belet van de trustee.
132 Zie paragraaf 3.3.9.2.1.

Ten slotte kent het huidige Curaçaose trustrecht het recht op informatie inzake het zijn van een (potentiële) begunstigde niet. Het is mijns inziens met betrekking hiertoe aanbevelenswaardig om wettelijk vast te leggen dat voor zover de trustakte niet anders bepaalt, iedere (potentiële) begunstigde over zijn rechten en bevoegdheden ten aanzien van de trust, door de trustee moet worden geïnformeerd. Bepaalt de trustakte evenwel dat de (potentiële) begunstigde door de trustee niet mag worden ingelicht over zijn positie, dan zou de benoeming van een protector naar mijn oordeel – zoals reeds is betoogd in paragraaf 4.3.2 – in dat geval wettelijk verplicht moeten worden gesteld zodat de protector de rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies van de niet in kennis gestelde (potentiële) begunstigde kan uitoefenen. De uitsluiting van het recht van informatie dient de overige rechten en bevoegdheden van de (potentiële) begunstigde onverlet te laten.

3.14 Verruiming gronden voor beëindiging trust

Hoewel art. 3:159 BWC de gronden geeft voor beëindiging van de trust (*lees*: opheffing van het trustverband), mist de Curaçaose wetgever mijns inziens andere dan in de wet genoemde gronden die evenzeer leiden tot het einde van trust. Men denke hierbij onder andere aan de herroeping van de trust, in de bij trustakte bepaalde gevallen, onvoorziene omstandigheden of de situatie waarin een trustee is gedefungeerd en binnen een jaar geen nieuwe trustees worden benoemd. Dergelijke gronden dienen derhalve eveneens aan art. 3:159 BWC te worden toegevoegd, met dien verstande dat in geval van onvoorziene omstandigheden, de rechter in eerste aanleg – op verzoek een (potentiële) begunstigde of belanghebbende – tot de opheffing van de trust bevoegd is.

3.15 Overige oplossingen c.q. suggesties ter verbetering van de Curaçaose trustwetgeving

3.15.1 Algemene wetsbepaling voor het creëren van trustrechtelijke bevoegdheden bij de trustakte

In het Curaçaose trustrecht kunnen velerlei soorten trustrechtelijke bevoegdheden worden gecreëerd, die op diverse wijzen kunnen worden vormgegeven. De aard van de trustrechtelijke bevoegdheden die in het kader van de trust worden verleend, zal veelal afhangen van de strekking van het trustverband en daarmee van de aard van de trust. De Curaçaose wetgever heeft mijns inziens echter met de invoering van het huidige art. 3:139 lid 1 BWC – waarin een aantal bevoegdheden zijn opgesomd die niet noodzakelijkerwijs corresponderen met de aard van verschillende typen trust – hiermee onvoldoende

rekening gehouden. Teneinde de diversiteit van trustrechtelijke bevoegdheden in aanmerking te nemen, kan in mijn ogen in casu het beste worden gekozen voor een algemene bepaling waarin – behoudens het bepaalde in art. 3:132 BWC – wordt vastgelegd dat trustrechtelijke bevoegdheden bij trustakte in het leven kunnen worden geroepen, tenzij deze in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling, de goede zeden of de openbare orde, en voor zover de aard van de trust zich hiertegen niet verzet.[133/134]

Voor wat betreft het bepaalde in art. 3:139 leden 2 en 3 BWC, dienen die leden – gelet op het feit dat de trustee te allen tijde in het belang van een (potentiële) begunstigde, dan wel het omschreven doel dient te handelen – naar ik meen een dwingendrechtelijk karakter te hebben.

3.15.2 Te allen tijde kenbaar maken van de hoedanigheid van trustee aan de wederpartij

Krachtens art. 3:136 lid 3, eerste volzin BWC behoeft een trustee, indien in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevergd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is, zijn hoedanigheid van trustee niet kenbaar te maken. Een dergelijke bepaling is mijns inziens voor de rechtstoepasser evenwel onduidelijk, aangezien de memorie van toelichting niet aangeeft in welke situaties het toepasselijke recht en de verkeersopvattingen de openbaring van de hoedanigheid van trustee aan een derde beletten.[135] Dit is derhalve in strijd met hetgeen de Curaçaose wetgever met het trustontwerp voor ogen had, namelijk

133 Een voorbeeld waarbij de aard van de trust zich verzet betreft de situatie waarin een trust wordt ingesteld ter bescherming van antieke goederen en aan de trustee een bevoegdheid tot belegging wordt verleend. Terzijde merk ik op dat bij misbruik van een trustrechtelijke bevoegdheid door degene aan wie deze is verleend, een beroep kan worden gedaan op het bepaalde in art. 3:13 BWC.

134 Voor wat betreft de bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde kan de Curaçaose wetgever in afwijking van het bovenvermelde ook kiezen om een specifieke bepaling in de wet op te nemen waarbij de aanwijzing van een begunstigde wordt geregeld. De wetgever kan dit gestalte geven door bijvoorbeeld vast te leggen dat de persoon anders dan de trustee aan wie een bevoegdheid tot aanwijzing is verleend, door een schriftelijke mededeling aan de trustee één of meer personen als begunstigde kan aanwijzen. Ten aanzien van de wijze waarop de uitkering dient te geschieden kan worden bepaald dat de trustee verplicht is – na overlegging van bewijsstukken waaruit blijkt dat de aanwijzing heeft plaatsgevonden en de verifiëring van de identiteit van de begunstigde – om het desbetreffende goed aan de aangewezen begunstigde uit te keren nadat zijn recht op overdracht opeisbaar is geworden. Voor de vormgeving van een dergelijke bepaling kan de Curaçaose wetgever naar mijn mening inspiratie putten uit titel 7.17 BWC.

135 Overigens begrijp ik de verwijzing naar het toepasselijke recht niet. Het toepasselijke recht kan in casu enkel het Curaçaose recht zijn, gelet op het feit dat de trustee naar wie in dit artikel wordt verwezen, de trustee is van een trust die conform het bepaalde in titel 3.6 BWC is ingesteld.

optimale transparantie.[136] Teneinde aan de wens van optimale (financiële) transparantie te voldoen en ter voorkoming van misbruik van de Curaçaose trust, pleit ik voor een wijziging van het bepaalde in art. 3:136 lid 3, eerste volzin BWC, waarbij wordt vastgelegd dat de trustee – op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid – te allen tijde aan de wederpartij kenbaar maakt dat hij handelt in de hoedanigheid van trustee.

3.15.3 Overdracht ten titel van schenking wordt geacht overdracht ten titel van trust te zijn

Zoals in paragraaf 3.3.3.5 is uiteengezet, kan het voorkomen dat de insteller c.q. inbrenger een schenking doet aan de trust, door goederen aan de trustee over te dragen die bestemd zijn voor de (potentiële) begunstigden of het betreffende doel en die te zijner tijd aan hen of op grond van het doel zullen worden uitgekeerd. Indien zulks geschiedt, is het wenselijk indien de Curaçaose wetgever een fictie in de wet zou opnemen waarin is bepaald dat iedere overdracht ten titel van schenking aan de trustee in het kader van de trust, geacht wordt een overdracht ten titel van trust te zijn.

3.15.4 Uitsluiting plaatsing toekomstige goederen onder trustverband bij de instelling van de trust

Toekomstige goederen kunnen in het Curaçaose trustrecht – gezien het feit dat zij nog niet bestaan op tijdstip van de instelling van de trust en de insteller derhalve met betrekking hiertoe beschikkingsonbevoegd is, waardoor het trustverband niet kan ontstaan – niet bij voorbaat worden geleverd bij de instelling van de trust.[137] Gelet op het vorenstaande kan de levering van toekomstige goederen bij de instelling van de trust naar mijn mening het beste wettelijk worden uitgesloten. In casu zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de toevoeging van deze beperking aan het bepaalde in art. 3:97 lid 1 BWC.

3.15.5 Beperking van de toepassing van titel 3.7 BWC indien meerdere trustees in functie zijn

Indien meerdere trustees in functie zijn, geldt ingevolge art. 3:138 BWC als hoofdregel dat hun bevoegdheden zich richten naar hetgeen in titel 3.7. BWC voor deelgenoten is bepaald.[138] Hiervan kan bij trustakte worden afgeweken. Hetgeen de Curaçaose wetgever mijns inziens in casu echter over het hoofd heeft gezien, is het feit dat bepaalde wetsbepalingen die in titel 3.7 BWC zijn

136 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 8. De memorie van toelichting vermeldt in casu dat "het ontwerp kiest voor optimale transparantie".
137 Zie paragraaf 3.3.5.2.
138 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

neergelegd, strijdig kunnen zijn met de aard van de trust. Men denke hierbij onder meer aan art. 3:168 lid 1 BWC, waarin is bepaald dat deelgenoten het genot, het gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst kunnen regelen of art. 3:175 lid 3 BWC, dat de uitwinning van een aandeel in een gemeenschappelijk goed door de schuldeisers van een deelgenoot toelaat. In het eerstgenoemde geval schrijft de trustakte – en derhalve niet een overeenkomst tussen de trustees – voor op welke wijze het beheer van de trustgoederen dient te geschieden. Van genot of eigen gebruik van de trustgoederen door de trustee is in het kader van de trust verder geen sprake. In het laatstgenoemde geval is uitwinning niet mogelijk, aangezien het Curaçaose trustrecht stipuleert dat de privéschuldeisers van een trustee vanwege het goederenrechtelijk effect van het trustverband zich niet op het trustfonds kunnen verhalen. Ook in dat geval is aldus sprake van botsing met het karakter van de trust. Ter oplossing van dit probleem, dient het bepaalde in art. 3:138 BWC in dier voege te worden gewijzigd dat titel 3.7 BWC van toepassing is, voor zover de aard van de trust zich hiertegen niet verzet. Daarnaast zou kunnen worden bepaald dat indien de toepassing van titel 3.7 BWC mogelijk wordt geacht, hiervan bij trustakte kan worden afgeweken.

3.15.6 Verkrijging van rechtswege van de bundel van rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies door de (potentiële) begunstigde

Wanneer de aanwijzing van een begunstigde onherroepelijk en jegens hem om niet heeft plaatsgevonden, dient hij naar Curaçaos recht ter verwerving van zijn rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies in de trust, op grond van art. 3:153 lid 3 BWC zijn aanwijzing te aanvaarden.[139] Hetgeen de wetgever bij de formulering van deze bepaling heeft miskend is het feit dat een begunstigde bij de totstandkoming van de trust van rechtswege de hem toekomende rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies in de trust van rechtswege verwerft. Een aanvaarding is hierom niet vereist. Ook is de potentiële begunstigde niet in aanmerking genomen. Om deze hiaten in de wet te vullen, dient het bepaalde in art. 3:153 lid 3 BWC zodanig te worden aangepast dat duidelijk is voor de rechtstoepasser dat de begunstigde, alsmede de potentiële begunstigde, rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies in de trust verwerft, zonder dat een aanvaarding nodig is.[140] Dit, behoudens de bevoegdheid van de (potentiële) begunstigde om het verkregene te verwerpen, zolang hij het niet heeft aanvaard.[141]

139 Zie paragraaf 3.3.6.4.
140 Vgl. art. 4:201 BWC.
141 Vgl. art. 4:201 BWC.

3.15.7 Herformulering van art. 3:131 BWC

Blijkens art. 3:131 BWC kan de rechter in eerste aanleg, indien aan een trust gebreken kleven, op verzoek van de insteller, een andere belanghebbende of het openbaar ministerie, de als trustee fungerende persoon veroordelen tot het verrichten van *hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust*, daaronder begrepen de aanpassing van de trustakte. Het bepaalde in art. 3:131 BWC lijkt op het eerste gezicht duidelijk. Niettemin kan de huidige wettekst naar mijn mening tot interpretatieproblemen leiden. Ten grondslag hieraan ligt het feit dat indien er sprake is van totstandkomingsgebreken – dat wil zeggen gebreken die leiden tot de nietigheid van de trust, geen trust tot stand komt.[142/143] Enkel aan een geldig ingestelde trust – en derhalve een geldig tot stand gekomen trust – kunnen gebreken kleven. Ik stel daarom voor om de zinsnede "*hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust*", te vervangen met "*hetgeen nodig is voor de juiste werking van de trust*".

3.15.8 Herformulering van art. 3:160 BWC

Gelet op de voorgestelde aanpassingen ten aanzien van de beëindiging van trust en daarmee het bepaalde in art. 3:159 BWC, zou – indien de Curaçaose wetgever deze wijzigingen in de wet zou overnemen – mede de wettekst van art. 3:160 BWC moeten worden aangepast. Ik stel voor om de gevallen waarin art. 3:160 BWC van toepassing is, uit te breiden met de bij trustakte bepaalde gevallen en onvoorziene omstandigheden. Teneinde een zorgvuldiger formulering van de wettekst te bewerkstelligen, gaat mijn voorkeur verder uit naar het vervangen van de zinsnede:

> "[…] draagt de trustee bij zijn eindrekening en verantwoording alle tot het trustvermogen behorende goederen, overeenkomstig de voor elk van die goederen geldende regelen, over aan degene, die daartoe in de trustakte is aangewezen en bij gebreke van zodanige aanwijzing, aan de insteller of zijn rechtsopvolgers onder algemene titel […]" door:

> "[…] draagt de trustee of de vereffenaar namens de trustee na de aflegging van eindrekening en verantwoording, de tot het overschot behorende goederen over aan de insteller of zijn rechtsopvolgers onder algemene titel, tenzij aan het overschot een andere bestemming is gegeven. In dat geval draagt de trustee of vereffenaar

142 Zie paragraaf 3.3.4.2.

143 In dat geval zal de notaris die de essentialia voor de totstandkoming van de trust niet in acht heeft genomen, tuchtrechtelijk en civielrechtelijk aansprakelijk zijn.

de tot het overschot behorende goederen over aan de in de trustakte aangewezen personen. […]".[144]

3.15.9 Herformulering art. 3:128 BWC

Een rechtshandeling waarbij de trustee goederen heeft verkregen, met inbegrip van een verklaring van de insteller waarbij deze zelf trustee wordt ten aanzien van de goederen, kan slechts door een rechterlijke uitspraak worden vernietigd, zo luidt art. 3:128 BWC. Thans is echter gebleken dat bij de instelling van de Curaçaose trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust geen sprake is van een overgang, hetgeen impliceert dat er evenmin sprake kan zijn van een verkrijging.[145] Ter voorkoming van verwarring, dient de wettekst van het huidige art. 3:128 BWC te worden gewijzigd. De Curaçaose wetgever kan mijns inziens in casu het beste kiezen om beide wijzen van toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee volledig in de nieuwe wettekst te omschrijven, dan wel een overkoepelende term voor de rechtshandelingen die ertoe strekken een goed onder trustverband te plaatsen.[146]

3.15.10 Herformulering art. 3:130 lid 5 BWC

Ter verduidelijking van het bepaalde in art. 3:130 lid 5 BWC zou de Curaçaose wetgever in mijn opinie de wettekst kunnen wijzigen waarbij wordt bepaald dat indien een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel wordt ingesteld, het in de trustakte omschreven doel – op straffe van nietigheid – niet strijdig is met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.[147]

3.15.11 Schrapping van art. 1:88a BWC

Ingevolge art. 1:88a BWC is art. 1:88, eerste lid, onderdelen b tot en met d BWC, niet van toepassing op rechtshandelingen die in hoedanigheid verricht zijn door een trustee. Eerder is in paragraaf 3.3.2 evenwel opgemerkt dat het feit dat de Curaçaose trustwet reeds bepaalt dat de trustgoederen een afgescheiden geheel vormen dat geen onderdeel uitmaakt van het privévermogen van de

144 In de voorgestelde wettekst zijn de woorden 'vereffenaar' en 'vereffening' toegevoegd, aangezien rekening is gehouden met de vereffening van het trustfonds. Art. 3:159 lid 3 BWC biedt de rechter in eerste aanleg in dat kader de mogelijkheid om een vereffenaar te benoemen. In casu ligt het voor de hand dat een vereffening plaatsvindt wanneer de trust in de in art. 3:160 BWC genoemde gevallen eindigt en er op dat tijdstip trustschulden zijn.

145 Zie paragraaf 3.3.3.4 en paragraaf 4.2.1.

146 De Curaçaose wetgever kan tevens kiezen om het bepaalde in art. 3:128 BWC als volgt te verwoorden: "rechtshandelingen die ertoe strekken één of meer goederen onder trustverband te plaatsen, kunnen slechts door een rechterlijke uitspraak worden vernietigd.".

147 Zie voor de problematiek van art. 3:130 lid 5 BWC paragraaf 3.3.3.2.

trustee, impliceert dat art. 1:88a BWC in casu geen toepassing vindt. Derhalve dient de Curaçaose wetgever mijns inziens deze bepaling te schrappen.

3.15.12 Schrapping van art. 3:158 BWC

De voorgestelde wijziging onder a. om in de Curaçaose trustwet een algemene wetsbepaling op de nemen teneinde de creatie van trustrechtelijke bevoegdheden bij trustakte mogelijk te maken, maakt – indien de Curaçaose wetgever het voorstel zou overnemen – het bepaalde in art. 3:158 BWC overbodig. In dat geval kan art. 3:158 BWC aldus het beste worden geschrapt.

3.15.13 Schrapping art. 3:127 leden 1 en 3 BWC

Rekening houdend met de voorgestelde wijzigingen in paragraaf 4.3.1, kan het bepaalde in het huidige art. 3:127 leden 1 en 3 BWC – indien het voorstel door de Curaçaose wetgever wordt overgenomen – het beste worden geschrapt.

3.15.14 Vervanging van de term 'bestuur' in de Landsverordening Trust

Bijzonder is dat in titel 3.6 BWC de term 'bestuur' of 'besturen' wordt gebezigd ter aanduiding van het beheer van de trustgoederen door de trustee.[148] De keuze voor deze terminologie beschouw ik in het kader van de trust als onwenselijk, gelet op het gegeven dat in de rechtsliteratuur in het kader van de trust steeds de term 'beheer' wordt gehanteerd. De memorie van toelichting noch de nota van wijziging geeft een verklaring hiervoor.[149] Het is derhalve onduidelijk op welke wijze de term 'bestuur' – men denke onder meer aan 'bestuur' in de zin van art. 1:90 lid 2 BWC of 'bestuur' als bedoeld in boek 2 BWC – moet worden uitgelegd. Naar ik vermoed is de reden voor het gebruik van het woord 'bestuur' gelegen in het feit dat de Curaçaose wetgever in de memorie van toelichting de Curaçaose trust meermalen vergelijkt met rechtspersonen, waarbij het gebruik van het woord 'bestuur' of 'besturen' in het ondernemingsrecht gebruikelijk is. Echter, in paragraaf 3.3.3.2 is reeds uiteengezet dat de vergelijking van de trust met een rechtspersoon in de aldaar aangehaalde situaties onterecht is. Dientengevolge is het gebruik van de term 'bestuur' of 'besturen' niet op zijn plaats. In navolging hiervan dient mijns inziens in het kader van de trust de term 'beheer' in plaats van 'bestuur' te worden gehanteerd.

---

148 Art. 3:127 lid 2 sub c BWC; art. 3:135 lid 1 BWC; art. 3:137 lid 3 BWC.

149 Het enige wat de nota van wijziging vermeldt is het volgende: "De term "beheren of daarover te beschikken" in het eerste lid [van art. 3:135 BWC – toevoeging KRF] is vervangen door: besturen; verg. ook artikel 127, derde lid (nieuw). […]". Zie hiervoor: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 13 (onderdeel J). Overigens versta ik onder het begrip 'beheer' in casu mede beschikkingshandelingen.

3.15.15 Vervanging van de term 'trustvermogen' in de Landsverordening Trust

Om in overeenstemming te zijn met de gebezigde terminologie in het Anglo-Amerikaanse trustrecht en ter voorkoming van verwarring bij het gebruik van de term 'trustvermogen', kan in casu in plaats hiervan naar mijn mening het beste worden gekozen voor de benaming 'trustfonds'. Dit, aangezien de term 'trustvermogen' weleens onterecht kan worden geïnterpreteerd als het geheel van goederen en schulden dat onder trustverband is geplaatst.[150]

4 AFSLUITEND

In dit hoofdstuk zijn de visies van een aantal auteurs over de totstandkoming en werking van de trust bediscussieerd. Voorts worden een scala aan oplossingen en suggesties voor de tekortkomingen die in hoofdstuk 3 zijn besproken, gepresenteerd ter verbetering van de Curaçaose trustwetgeving.

150 Zie uitgebreid hierover paragraaf 3.3.5.3.

Deel III

Het Nederlandse trustrecht

5 Op weg naar de invoering van een trust in het Nederlandse recht?

1 Inleiding

Het is bijna drie decennia geleden, in 1995, dat Nederland – als één van de 'civil law' landen zonder een intern trustrecht – het HTV heeft geratificeerd. De toetreding van Nederland tot dit verdrag en de vele discussies die gedurende de afgelopen jaren over de trust zijn gevoerd, hebben in Nederland tot op heden – in tegenstelling tot op Curaçao – niet tot de invoering van een eigen trustwetgeving geleid. Volgens de toenmalige staatssecretaris Kosto en minister van Veiligheid en Justitie Korthals Altes waren er toentertijd geen gegronde redenen tot "*het aanstonds scheppen van een specifiek Nederlands intern trustrecht*".[1] Gezien de economische ontwikkelingen op internationaal en Europees niveau en de steeds verdere globalisering van de estate plannings- en financieringspraktijk door de jaren heen, is thans de vraag of de tijd is aangebroken om nu wel voor de invoering van een eigen Nederlandse trustwetgeving te kiezen.

In dit hoofdstuk worden de mogelijkheden tot de invoering van de trust in het Nederlandse rechtssysteem onderzocht en wordt er gekeken in hoeverre het Curaçaose trustmodel hierbij als voorbeeld kan dienen.

2 De stand van zaken betreffende de invoering van de trust in Nederland

2.1 De trust in het Nederlandse recht: een wetsvoorstel in de maak?

Aan de vooravond van de invoering van de trust in het Curaçaose recht, en de aanhangige wetsvoorstellen inhoudende de invoering van een trustwetgeving op Sint Maarten en Aruba in het vorige decennium, is eveneens in Nederland overwogen om over te gaan tot de invoering van de trust in het Burgerlijk Wetboek.[2/3] In aansluiting hierop was een daartoe strekkend concept-

1 *Kamerstukken II* 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3.

2 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1.

wetsvoorstel in 2011 bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie in voorbereiding.[4] De voornaamste motieven voor de keuze tot de invoering van een Nederlandse trustwetgeving kwamen grotendeels overeen met de wenselijkheid voor de implementatie van een eigen trustfiguur in het Curaçaose recht: "de trust is een internationaal bekende rechtsfiguur die aansluit bij de gebruiken op de wereldwijde financiële markt."[5] In dat kader was onder meer betoogd dat de trust – als internationaal bekende rechtsfiguur waar buitenlandse ondernemingen mee vertrouwd zijn – de voorkeur heeft boven Nederlandse alternatieven voor de trust bij buitenlandse cliënten van Nederlandse financiële dienstverleners, dan wel buitenlandse kredietverstrekkers aan Nederlandse ondernemingen.[6] Bovendien zouden de Nederlandse alternatieven buiten Nederland veelal onbekend zijn waardoor deze enkel al op die grond worden afgewezen en zouden sommige vormen van vermogensbeheer door middel van de trustfiguur op een veel simpelere wijze kunnen worden vormgegeven.[7]

Voor wat betreft de inhoud en de structuur van de Nederlandse trustwetgeving heeft Nederland zich onder meer laten inspireren door het Curaçaose trustmodel.[8] Echter, de eerder besproken lacunes in de inmiddels in werking getreden Curaçaose wetgeving zijn bij de uiteenzetting van de Nederlandse plannen tot de invoering van de trust door het ministerie niet in ogenschouw genomen. Het voorgaande is mijns inziens echter begrijpelijk, gezien het feit dat het wetsvoorstel betreffende de Curaçaose wetgeving op het tijdstip van het concipiëren van het memo, aanhangig was en nog niet in werking was getreden.

Door de complexiteit van de trustfiguur en het capaciteitstekort binnen het genoemde ministerie is het trustproject nadien helaas op een zijspoor gezet. Toch zijn de voordelen van de invoering van een Nederlandse trustwetgeving voor de rechtspraktijk actueel gebleven, hetgeen het klimaat in casu zeer

3 De Sint Maartense trustwetgeving – die gelijkluidend is aan de Curaçaose trustwetgeving – is inmiddels in 2014 in werking getreden. Op Aruba is de invoering van een eigen trustwetgeving vooralsnog niet geschied. Gemakshalve zal hierna enkel de Curaçaose wetgeving worden aangehaald.

4 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1.

5 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1.

6 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1-2.

7 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 2.

8 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 5-14.

gunstig maakt om de geparkeerde Nederlandse plannen voor de invoering van de trustfiguur nieuw leven in te blazen.

2.2 De belangrijkste argumenten pro en contra de invoering van de trust in het Nederlandse recht[9]

De discussie over de wenselijkheid en de noodzaak tot de invoering van een eigen trustwetgeving speelt zich in Nederland al geruime tijd af. Vanuit de rechtsliteratuur en de uitvoeringspraktijk is er veelvuldig een beroep gedaan op de Nederlandse wetgever om de invoering van de trustfiguur in overweging te nemen c.q. op ruime schaal te introduceren. Ondanks de vergeefse inspanningen van de rechtsgeleerden en de rechtspraktijk heeft de Nederlandse wetgever wegens principiële bezwaren steeds afgezien van de invoering van een Nederlandse trust. In het onderstaande zullen in het kort de belangrijkste argumenten pro en contra die met betrekking tot de invoering van een trust in het Nederlandse burgerlijk recht in de literatuur zijn bediscussieerd, worden besproken.

2.2.1 De voornaamste redenen tegen de invoering van de trust

Een veelgebruikt argument tegen de invoering van een trust in het Nederlandse recht is dat de trust als Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur moeilijk in te passen en te verenigen is met het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht.[10] In het Nederlandse recht zou de trust door zijn kenmerken – in dat

9 Gelet op het feit dat de argumenten voor en tegen de invoering van de trust in Nederland uitgebreid in de rechtsliteratuur en de parlementaire geschiedenis zijn uiteengezet, zullen deze argumenten hier niet opnieuw uitgebreid worden behandeld. Zie voor een verhandeling hierover o.a.: *Kamerstukken II*, 1992/93, 23027, nr. 3; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-192; D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Den Haag: Deventer: Kluwer Law International; W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 203-205; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 103-191; S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.W.A.B. Biemans, 'National Report for The Netherlands', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer: Kluwer 2009, p. 336-346; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013; W. Loof, *Of Trustees and Beneficial Owners: An inquiry into the proprietary aspects of trusts and trust-like devices from a European Private Law perspective*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2016, p. 178 e.v. Vgl. ook: *Kamerstukken II*, 1993/94, 23706, nr. 3, p. 30-31.

10 E.M. Meijers, 'De Trustee en het Burgerlijk Recht, *WPNR* 1927/2998, p. 414; R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Derde Deel, Verbintenissenrecht* (Meijers-Bundel), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 182-187; C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3,*

kader wordt gewezen op de bijzondere splitsing van eigendom, het afgescheiden geheel van trustgoederen en de goederenrechtelijke aard van het recht van de begunstigde – de meest fundamentele beginselen van het Nederlandse burgerlijk recht schenden. Men denke hierbij aan onder andere het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW en het bepaalde in art. 3:276 BW, art. 3:277 BW, art. 20 Fw en art. 21 Fw.

Een ander punt waar in dit kader op wordt gewezen is het feit dat de gevolgen voor de schuldeisers en andere derden niet goed zijn in te schatten bij de invoering van een rechtsfiguur als de trust.[11] Door de onduidelijke rechtsgevolgen van de trust kunnen rechten van derden op eenvoudige wijze worden geschonden en is het niet duidelijk welke regels vereist zijn om ervoor te zorgen dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de in het Nederlandse recht verankerde waarborgen.

Verder kan de trust zich, door zijn multifunctionaliteit, makkelijk lenen voor misbruik en heeft hij consequenties voor vrijwel alle gebieden van het vermogensrecht en het fiscale recht.[12] Dit impliceert dat de trust als vreemde rechtsfiguur, zeer ingrijpende gevolgen heeft die eerst goed moeten worden doordacht.

Ten slotte wordt als argument aangevoerd dat het Nederlandse recht genoeg andere rechtsfiguren kent die de trust kunnen vervangen.[13] Men denke bijvoorbeeld aan de figuren als de eigendom ten titel van beheer, de middellijke vertegenwoordiging, de kwaliteitsrekening, lastgeving en de overdracht onder opschortende of ontbindende voorwaarden.

Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1981, p. 461; *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, nr. 10, p. 36; *Kamerstukken II* 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3-4; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 140-166; Zie hiervoor: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 278 e.v. Zie ook: S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-173 en p. 184; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 71-72.

11 *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, nr. 10, p. 36; *Kamerstukken II* 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3-4; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 165-179. Zie ook: S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-173, p. 178 en p. 183, voetnoot 34.

12 *Kamerstukken II* 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 165-179; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 72.

13 *Kamerstukken II* 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 173.

2.2.2 De voornaamste redenen voor de invoering van de trust

Ten eerste wordt als argument gegeven dat de dominerende rol van het Anglo-Amerikaanse recht in financiële en commerciële transacties en de globalisering van de economie, tot gevolg hebben dat de concurrentiepositie van Nederland op internationaal niveau verslechtert vanwege het ontbreken van een intern trustrecht.[14] Enkel door een eigen trustwetgeving in te voeren kan Nederland zich goed op de internationale markt profileren.

Ten tweede wordt betoogd dat de afwezigheid van een Nederlandse trustwetgeving bij de erkenning van trusts krachtens het HTV een ongelijkheid tot stand brengt tussen buitenlandse trusts die nauwer verbonden zijn met een trustland en trusts die nauwer zijn verbonden met Nederland. Wanneer een Nederlandse natuurlijke persoon of rechtspersoon een buitenlandse trust instelt met betrekking tot Nederlandse goederen, loopt hij het risico dat deze trust – in tegenstelling tot buitenlandse trusts die nauwer verbonden zijn met een trustland – niet door het HTV wordt erkend. Dit heeft tot consequentie dat Nederlandse natuurlijke personen en rechtspersonen in hun juridische mogelijkheden worden beperkt.[15]

Ten derde wordt bepleit dat de Nederlandse rechtsfiguren niet in alle gevallen als alternatief voor de trust kunnen fungeren.[16] De trust kan als

---

14 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 2-3; D.J. Hayton, 'Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 63-64; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 106-107; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3.

15 R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 54-56; D.J. Hayton, 'Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 64; M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 150-151; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 103-106; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 84-86. Zie ook: M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 261-262; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 192. Vgl. ook: D.J. Hayton, 'Developing the use of trusts in the Netherlands', *WPNR* 1997/6281, p. 542-545.

16 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 109-138; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 72-77 en

rechtsfiguur in uiteenlopende situaties worden gebruikt en het Nederlandse recht kent geen vergelijkbare rechtsfiguur die alle kenmerken van de trust omvat.

Ten slotte wordt beargumenteerd dat, gelet op het feit dat steeds meer EU-landen tot de invoering van een trust overgaan, Nederland een eigen trustwetgeving dient in te voeren, teneinde de harmonisatie van het privaatrecht op Europees niveau te vergemakkelijken.[17]

2.3 De meest voorkomende misvattingen over de trust in het Nederlandse recht[18]

Het debat omtrent de wenselijkheid van en de behoefte aan een Nederlandse trustwetgeving is – zoals volgt uit het bovenstaande – al jarenlang gaande. Bij de bespreking van de Anglo-Amerikaanse trust in de Nederlandse rechtsliteratuur en de parlementaire geschiedenis zijn mijns inziens, vanwege het complexe taalgebruik in het Anglo-Amerikaanse (trust)recht en de woordelijke vertaling hiervan door continentale juristen, een aantal misvattingen ontstaan die niet altijd hebben bijgedragen aan een beter begrip van de trustfiguur. E.M. Meijers, de geestelijke vader van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en één van de meest prominente Nederlandse rechtsgeleerden uit de 20e eeuw, had al in 1927 een uitgesproken mening over de Anglo-Amerikaanse trust bij de bespreking van de preadviezen over de trustee en het burgerlijk recht van Te Winkel en Roosegaarde Bisschop.[19] Hij betoogt:

---

p. 85-86. Zie ook: C.D. van Boeschoten, 'Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/ Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 41 die het volgende opmerkt: "Ik zou menen dat wij beter doen de zaak niet te forceren en niet te pogen figuren van Nederlands recht als trusts voor te stellen waar zij hoogstens sommige functies van de Anglo-Amerikaanse trust vervullen.".

17 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 108-109; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3.

18 Een zeer lezenswaardig boek in dit kader is M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, die de uitdagingen uitvoerig bespreekt met betrekking tot de interpretatie in het continentale recht van Anglo-Amerikaanse termen die binnen het trustrecht worden gebezigd en de misvattingen die hieromtrent kunnen ontstaan. Zie voorts: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, voor een uitleg van het Anglo-Amerikaanse systeem vanuit Nederlands perspectief.

19 W. Roosegaarde Bisschop & D. Te Winkel, *Praeadviezen over de trustee en het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante voorh. A.D. Schinkel 1927.

> "Bij de vraag of het wenschelijk is de Engelsche constructie der trustverhouding ook in ons recht in te voeren, treft ons een merkwaardig verschijnsel. (…)
>
> (…) Tegenover deze groote vereering van Engelsche rechtsbeschouwingen, *voel ik mij verplicht mijn overtuiging te stellen, al weet ik, dat mijn oordeel in deze minder gezaghebbend is en ook op een veel geringere studie berust* [cursief – KRF]. Mijn overtuiging is dan deze: het Engelsche zakenrecht is èn ook in vele zijner regelingen, eenige eeuwen bij die van het Europeesche vasteland ten achter. Het is een opeenhoping van verouderde, thans onbruikbaar geworden begrippen, en dwaze ficties, waarover eenmaal niemand zich meer verbazen zal dan de Engelschman zelf, zoodra hij ze afgeschaft zal hebben. (…)
>
> (…) De Engelsche opvatting, dat hij, die het goed voor een ander beheert en daarover beschikken kan, de eigenlijke gerechtigde is, staat ongetwijfeld achter bij de onze, volgens welke degenen, voor wien beheerd wordt, de uitsluitende eigenaar van het goed is."[20]

Hoewel het op het eerste gezicht – vanwege de verschillen tussen het continentale en het 'common law' rechtssysteem – niet direct duidelijk is of de inpassing van de trust in het Nederlandse recht kan worden gerealiseerd, vind ik de boude uitspraak van Meijers onterecht. De hierboven aangehaalde passage illustreert naar mijn mening dat Meijers' overtuiging over de Anglo-Amerikaanse trust en de inpassing hiervan op een verkeerde interpretatie berust.[21] Hij baseert zijn analyse van de Anglo-Amerikaanse trust en de onmogelijkheid van de inpassing hiervan op een geringe studie die hij heeft verricht – hij geeft de facto toe dat hij vooringenomen is zonder een uitvoerige studie hiernaar te hebben gedaan, hetgeen onder andere de weg lijkt te hebben geplaveid voor bepaalde misvattingen, argumenten tegen de invoering en de afwijzing van een trustfiguur in het Nederlandse recht.[22]

---

20 E.M. Meijers, 'De Trustee en het Burgerlijk Recht, *WPNR* 1927/2998, p. 414; R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Derde Deel, Verbintenissenrecht* (Meijers-Bundel), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 183-184.

21 Zie tevens G.L. Gretton, Trusts without Equity', *International and Comparative Law Quarterly* 2000/49, p. 601, voetnoot 13, die de provocerende woorden en de toonzetting van Meijers bekritiseert. Hij schrijft: "(…) The father of modern Dutch law, E M Meijers, wrote that "het Engelsche zakenrecht is en zijn constucties (sic) en ook in vele zijner regenlinen, eenige eeuewn (sic) bij die van het Europeesche vasteland ten achter" (quoted by H F W D Fischer at 1957, Tydskrif vir hedendaagse Romeins- Hollandse Reg 25 at 35-36). This remark is so undiplomatic that it is better left untranslated. It is also less than fair, but passages such as that quoted in the text enable one to understand why Meijers descended to invective."

22 Zie in casu o.a.: E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*. 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf, 1954/1955, p. 212; E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*. Leiden: Universitaire Pers Leiden, 1948, p. 89-90 en p. 282-286; C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 318, die naar de opvatting van Meijers verwijst.

In het onderstaande zullen de meest voorkomende misvattingen die thans nog steeds bestaan over de trust en die veelal ten grondslag liggen aan de argumenten tegen de invoering van de trust, kort worden besproken.

2.3.1 *De aanduiding van tracing als recht*

Thans bestaat in het Nederlandse recht de misvatting dat het proces van 'tracing' in het Anglo-Amerikaanse recht – dat gevolgd wordt ter bepaling van de aan de (potentiële) begunstigde toekomende remedies – een recht is met goederenrechtelijke werking.[23/24] Dit is echter onjuist. Het proces van 'tracing' behelst niet de substitutie van het oorspronkelijke trustgoed zelf. In het trustrecht vindt substitutie van trustgoederen plaats, ongeacht of er al dan niet sprake is van een trustrechtelijke schending door de trustee van zijn verplichtingen, de zogenoemde 'breach of trust'. 'Tracing' ziet uitsluitend op het volgen (*lees*: traceren c.q. achterhalen) en identificeren van het gesubstitueerde goed, teneinde te bepalen welke remedies – goederenrechtelijke, dan wel verbintenisrechtelijke – de (potentiële) begunstigde tot zijn beschikking heeft. Het Nederlandse goederenrecht kent mijns inziens een vergelijkbaar proces van de lokalisatie c.q. identificatie van (gesubstitueerde) goederen dat ingebed is in en onderdeel is van de rechtsvordering tot revindicatie. Een

23 Zie in dit kader o.a.: A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 48 e.v.; C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 160-161; C.AE. Uniken Venema, 'Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene "externe werking" van Anglo-Amerikaanse trusts (II)', *WPNR* 1993/6093, p. 391; C.D. van Boeschoten, 'Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 8; H.L.E. Verhagen, 'Het Haagse Trustverdrag', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 104, voetnoot 113; F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss. Utrecht), Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële uitgevers 2000, p. 22; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 303-304 en p. 393; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 518; E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 26-27; G. Gilissen, *Inleiding tot de express private trust*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 69; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 206.

24 Deze misvatting is vermoedelijk ontstaan vanwege het feit dat bepaalde Anglo-Amerikaanse boeken 'tracing' uitleggen als een 'right' of 'remedy', terwijl wel het proces wordt uiteengezet. Zie voor een voorbeeld: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 1-023. Zie voor een uitvoerige beschouwing van 'tracing' paragraaf 3.3.9.2.4.

dergelijk proces van 'tracing' zou derhalve niet in strijd zijn met het Nederlandse goederenrecht.

2.3.2 Classificatie van het recht van de begunstigde als beperkt recht

In de Nederlandse rechtsliteratuur wordt betoogd dat het recht van de (potentiële) begunstigde in de trust in het continentale recht het beste kan worden aangemerkt als c.q. vergeleken met een beperkt zakelijk recht.[25] In hoofdstuk 3 is uitvoerig toegelicht dat het effect dat ontstaat ten gevolge van de totstandkoming van de Anglo-Amerikaanse trust, in het Curaçaose recht bij de totstandkoming van de trust bereikt wordt door een goederenrechtelijk verband – het zogenoemde trustverband – dat op de trustgoederen komt te rusten. De strekking van het goederenrechtelijke trustverband bepaalt de werking van de trust en daarmee de rechten, bevoegdheden en remedies die de (potentiële) begunstigde heeft. In tegenstelling hiermee staan de aan een beperkt zakelijk recht verbonden rechten en bevoegdheden vast en zijn niet steeds afhankelijk van een bepaalde strekking. Voorts heeft de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de begunstigde – anders dan het geval is bij beperkt zakelijke rechten – géén betrekking op specifieke trustgoederen.[26] Ten slotte is het zaaksgevolg in het kader van de trust niet het gevolg van de verkrijging van een beperkt zakelijk recht door de (potentiële) begunstigde, doch het effect van het goederenrechtelijke verband dat op de trustgoederen rust. Dientengevolge is – ondanks het feit dat het effect van het goederenrechtelijke verband gelijkenissen vertoont met een beperkt zakelijk recht – een classificatie van het recht van de begunstigde als beperkt zakelijk recht onzuiver.[27]

---

25 C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind: rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallelfiguren in het Nederlandse recht* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1954, p. 309; C.Æ. Uniken Venema, 'Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht', *WPNR* 1985/5728, p. 115; C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 111-114; W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 297-298; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 207-208. Vgl. ook: *Kamerstukken II* 1984/1985, 17496, nr. 10, p. 36; R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 62-65.

26 Zie ook: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 92.

27 In dezelfde zin: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 90-93. Vgl. ook: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 154; W. Loof, 'Een analyse van eigendomsverhoudingen in trusts

2.3.3 *Aanduiding van het recht van de begunstigde als economische eigendom*

Een term die evenzeer in het Nederlandse recht gehanteerd wordt voor de omschrijving van het recht van de (potentiële) begunstigde is de economische eigendom.[28] Het begrip 'economische eigendom' kan worden gedefinieerd als

> "het krachtens een (obligatoire) rechtsverhouding gerechtigd zijn tot in beginsel alle rechten ten aanzien van een goed en gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed te dragen en daarmee het volledige risico van waardeverandering casu quo tenietgaan van het goed voor zijn rekening te nemen, zonder dat het goed in juridische zin geleverd is".[29]

De bundel van rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies die aan de (potentiële) begunstigde in het kader van de trust toekomt, voldoet evenwel over het algemeen niet aan de voornoemde definitie. Allereerst ziet de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de (potentiële) begunstigde – anders dan hetgeen is gedefinieerd – in beginsel niet op specifieke goederen, doch op (een aandeel in) het dynamische trustfonds en het beheer hiervan. De (potentiële) begunstigden hebben louter een afgeleid belang. Ten tweede heeft de (potentiële) begunstigde met betrekking tot de trustgoederen in beginsel geen verplichtingen en kan in beginsel niet gezegd worden dat de trustee als rechthebbende een juridische lege huls heeft ten aanzien van de trustgoederen en de begunstigden hierbij het volledige belang hebben zoals het geval is bij de economische eigenaar. De trustee is degene aan wie de trustrechtelijke verplichtingen zijn opgelegd en hij draagt als rechthebbende

---

en trustachtige figuren', *AA* 2019/9, p. 663-664.

28 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 17; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 7.2; HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, *NJ* 2004/316, m.nt. P.A. Stein (*Vagobel/Geldnet*), waarin Stein in zijn noot de economische eigendom in het kader van de trust bespreekt.

29 W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12; W.G. Huijgen, 'Focus op economische eigendom anno 2020', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red), *Sluitertijd: reflectief op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Kluwer 2020, p. 101. Zie ook: C.Æ. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, (Praeadviezen voor de 'Vereeniging Handelsrecht' 1990), Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 15-18; HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, *NJ* 2004/316, m.nt. P.A. Stein (*Vagobel/Geldnet*), r.o. 3.3.1; HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*), r.o. 3.4; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 7.1. Vgl. ook: art. 2 lid 2 WBR; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 581.

in die hoedanigheid het risico van waardeverandering van de tot het trustfonds behorende goederen. Voorts verkrijgen – behalve begunstigden – ook potentiële begunstigden van een trust een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies zonder dat zij individueel een economisch belang hebben. Ten slotte kan iedere (potentiële) begunstigde – behoudens derdenbescherming – in beginsel gebruikmaken van de aan zijn recht verbonden goederenrechtelijke remedies bij een 'breach of trust', hetgeen in beginsel geen onderdeel is van de bundel van rechten en verplichtingen van een economische eigenaar. Het recht van de (potentiële) begunstigde heeft daarmee een ietwat ander karakter dan de rechten en verplichtingen van een economische eigenaar. De aanduiding van het recht van de (potentiële) begunstigde in een trust als economische eigendom is derhalve enigszins misleidend.

3 In hoeverre kan de trust in het Nederlandse recht worden ingevoerd?

In de voorafgaande paragrafen is het debat omtrent de wenselijkheid van en de behoefte aan een Nederlandse trustwetgeving kort uiteengezet. De vraag die nu beantwoord dient te worden is of de trust als rechtsfiguur verenigbaar is met het Nederlandse rechtssysteem en derhalve in het Nederlandse recht kan worden ingevoerd.

In het licht van het bovengenoemde wordt in het onderstaande ingegaan op het in het Statuut verankerde beginsel van concordantie en wordt vastgesteld in hoeverre de Curaçaose trustwetgeving in het Nederlandse recht kan worden overgenomen. Tevens wordt de Nederlandse regeling betreffende het fiduciaverbod en de legitieme portie in het kader van de trust besproken.

3.1 Het concordantiebeginsel

In paragraaf 3.2.3 is reeds uiteengezet dat het in art. 39 lid 1 Statuut verankerde concordantiebeginsel bepaalt dat de landen binnen het Koninkrijk – ondanks verschillende economische en maatschappelijke achtergronden – het privaatrecht op Koninkrijksniveau zoveel mogelijk dienen te harmoniseren. Door de wisselwerking binnen het Koninkrijk op privaatrechtelijk terrein, hebben de Caribische landen regelmatig en in het recente verleden nog, het Nederlandse BW – zij het afgestemd op de lokale maatschappelijke opvattingen en economische achtergronden – overgenomen in hun eigen wetgeving. Gelet op het feit dat het concordantiebeginsel gericht is op de bevordering van de harmonisering van het privaatrecht tussen de Koninkrijksdelen, kan Nederland met de introductie van een eigen trustwetgeving zonder meer zowel juridische als economische voordelen behalen. Nu het trustrecht op Curaçao en Sint Maarten is geïntroduceerd, kan dit de Nederlandse wetgever bewegen om – met inacht-

neming van het concordantiebeginsel – ook over te gaan tot de invoering van een eigen trustwetgeving.[30]

3.2 Het Curaçaos trustmodel als voorbeeld

Zoals uit de hoofdstukken 3 en 4 is gebleken, zijn de inbedding van de trustfiguur in de Curaçaose wetgeving en de toepassing ervan niet zonder slag of stoot verlopen. Omdat Nederland en Curaçao nagenoeg gelijkluidende rechtssystemen hebben, kunnen de wetgeving en de ervaringen van Curaçao zonder meer als voorbeeld en inspiratiebron dienen bij de invoering van een trust in het Nederlandse recht. Ik pleit derhalve voor de invoering van de trust in het Nederlandse recht conform het Curaçaose trustmodel met de in hoofdstuk 4 voorgestelde wijzigingen, zij het aangepast aan de Nederlandse rechtscultuur.[31]

3.3 Tweetal beperkingen in het Nederlandse recht ten aanzien van de trust

3.3.1 Het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW

3.3.1.1 Het fiduciaverbod in relatie tot de trustfiguur

Anders dan het Curaçaose recht heeft de Nederlandse wetgever met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992, het in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde fiduciaverbod in de wet geïntroduceerd.[32] Krachtens art. 3:84

30 Hoewel Aruba voornemens was om – in verband met de wijziging en de aanvulling van het BWA – titel 3.6 BWA in de wet op te nemen en daarmee een eigen trustwetgeving in te voeren, is de trusttitel vooralsnog niet in werking getreden. Het is thans onduidelijk of de trustbepalingen nog in werking zullen treden. Zie hiervoor: Landsverordening van 23 september 2016 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100) in verband met een aantal onderwerpen die nog een regeling of aanpassing in het Burgerlijk Wetboek van Aruba behoeven (aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba), *Afkondigingsblad van Aruba* 2016, nr. 51; p. 72-93; Landsbesluit van 2 juni 2021 no. 1, houdende inwerkingtreding van de Aanpassingsverordening aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 2021 no. 43) en de Landsverordening van 23 september 2016 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100) in verband met een aantal onderwerpen die nog een regeling of aanpassing in het Burgerlijk Wetboek van Aruba behoeven (AB 2016 no. 51), *Afkondigingdblad van Aruba* 2021, nr. 90, p. 2-3.

31 Met de Nederlandse rechtscultuur wordt in casu bedoeld hetgeen wordt besproken in paragraaf 5.3.3.

32 Zie uitgebreid over het fiduciaverbod o.a.: J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële sale – lease back (I) en (II, slot)', *WPNR* 1995/6190, p. 534-536 en *WPNR* 1995/6191, p. 556-557; S.C.J.J. Kortmann, 'Van fiducia-fobie naar fiducia-filie', *WPNR* 1995/6187, p. 455-457; W.M. Kleijn, 'Conversie voor alle zekerheid: De reikwijdte van het fiducia-verbod', *WPNR* 1994/6119, p. 15-17; H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-

lid 3 BW wordt een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid (*fiducia cum creditore*) of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen (*fiducia cum amico*), als nietige titel beschouwd. Het eerste gedeelte van de bovengenoemde bepaling heeft betrekking op zekerheidsoverdrachten waarbij enkel wordt beoogd om buiten het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht om, voorrangsrechten te creëren en deze ten aanzien van een goed aan een derde toe te kennen, opdat zijn schuldeisersbelangen worden beschermd en hij zijn vordering met voorrang kan verhalen.[33] Het tweede gedeelte van art. 3:84 lid 3 BW behelst de situatie waarin goederen ten titel van beheer worden overgedragen bij welke rechten met een goederenrechtelijke werking in het leven worden geroepen zonder dat deze rechten door de wet worden erkend.[34] Met een verbod op dergelijke rechtshandelingen, in het bijzonder de

verbod: in het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119, p. 1-14; S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1994/6119, p. 18-23; M.H.E. Rongen, 'De strekking van het fiduciaverbod, in het bijzonder in verband met financiering op basis van vorderingen' in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 263-301; A.F. Salomons & M.G. van 't Westeinde, 'Het fiduciaverbod is nog altijd geen dode letter. Naschrift bij reactie van R.M. Wibier', *WPNR* 2008/6769, p. 717-718; J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt, *Fiduciaire verhoudingen, Libellus amicorum prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Onderneming en Recht deel 41), Deventer: Kluwer 2007, p. 137-155; S.C.J.J. Kortmann, 'Werkelijke overdracht… een met een fiduciair karakter', *GROM* 2010/27.63, p. 63-72; W.H.M. Reehuis, *Overdracht (Monografieën BW nr. B6a.)*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 8; S. De Groot & A.F. Salomons, 'Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR', *AA* 2011/5, p. 383-390; M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over Kernthema's van de Overdracht van Vorderingen op Naam tegen de Achtergrond van de Hedendaagse (Internationale) Financiële Praktijk en Securisation in het Bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 795 e.v.; O. Salah, 'Het fiduciaverbod nieuw leven ingeblazen?', *MvV* 2013/5, p. 138-146; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 96 e.v.; W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Het fiduciaverbod en de beschermingsgedachte: miskend, ontkend of vergeten?', *AA* 2020/2, p. 169-178; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nr. 276 e.v.; T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, 'art. 3:84 BW, aantt. 3.1 t/m 3.10', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer. Zie ook: W. Loof, 'Een analyse van eigendomsverhoudingen in trusts en trustachtige figuren', *AA* 2019/9, p. 666-667.

33 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nrs. 276-277; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 96-100.

34 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nrs. 276-277; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 96-100.

creatie van de trustfiguur, heeft de wetgever het willekeurig scheppen van buitenwettelijke beperkte rechten door partijen willen voorkomen.[35]

In het licht van het fiduciaverbod heeft de Hoge Raad zich in 1995 in het *Sogelease* arrest uitgelaten over de strekking van het fiduciaverbod. Hierin heeft hij beslist dat art. 3:84 lid 3 BW aan een overdracht niet in de weg staat, mits er sprake is van een werkelijke overdracht.[36] Volgens de Hoge Raad behelst een werkelijke overdracht de situatie waarin de verkrijger niet slechts goederenrechtelijke rechten verkrijgt die gecreëerd zijn op een niet in de wet voorziene wijze, doch de volledige eigendom van het goed – en zonder goederenrechtelijke beperkingen – verwerft.[37]

In het kader van de trust rijst de vraag in hoeverre het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW toepassing vindt, gelet op het feit dat beide onderdelen van de voornoemde bepaling, toepasselijk zouden kunnen zijn op trusts. Indien de trust wordt vormgegeven als zekerheidsinstrument[38], teneinde aan de begunstigde bepaalde voorrang en zekerheid te verschaffen, zou – afhankelijk van hetgeen precies in de trustakte is vastgelegd en de wijze waarop het toevertrouwen aan de trustee heeft plaatsgevonden – de instelling van de trust zonder wettelijke basis nietig kunnen zijn op grond van strijdigheid met de fiducia cum creditore als bedoeld in het eerste deel van art. 3:84 lid 3 BW.

Voor wat betreft de fiducia cum amico wordt zowel in de parlementaire geschiedenis als in de rechtsliteratuur betoogd dat de instelling van een trust leidt tot splitsing van eigendomsrechten, hetgeen in strijd is met het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht.[39] Mijns inziens is er hiervan bij

---

35 W.H.M. Reehuis, *Overdracht (Monografieën BW nr. B6a.)*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 91; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nr. 276; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 100.

36 HR 15 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 (*Keereweer q.q./Sogelease*), r.o. 3.4.3 en 3.6.

37 HR 15 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 (*Keereweer q.q./Sogelease*), r.o. 3.4.3 en 3.6; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 101-102. Zie voorts: HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005: AT8241, *NJ* 2006/151 (*BTL Lease/Van Summeren*), r.o. 3.5.2.

38 Zoals reeds uit het Anglo-Amerikaanse recht en ook de Nederlandse parlementaire geschiedenis blijkt, kan de trust worden gebruikt als zekerheidsinstrument. Zie hiervoor: C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1197 en p. 1200 e.v.

39 Het Anglo-Amerikaanse goederenrecht, in het bijzonder het Engelse recht kent evenals het Nederlandse recht het numerus clausus beginsel in het goederenrecht. W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (ed.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, vermeldt in nr. 4.09 hierover het volgende: "How then is one to tell whether a right in respect of a thing is personal or proprietary? The answer is that there is in English law, as with all developed legal systems, a *numerus clausus* (closed number) of property rights.". Vgl. ook: *Hill v Tupper* [1863] 2 H & C 121, *Clore v Theatrical Properties Ltd* [1936] 3 All ER 483, *Ashburn Anstalt v Arnold* [1989] Ch 1, *Rhone v Stephens* [1994] 2 AC

de instelling van de trust geen sprake. Zoals reeds eerder in paragraaf 5.2.3 is toegelicht, resulteert de instelling van de trust niet in een splitsing van eigendomsrechten, dan wel dubbele eigendom. De instelling van de trust behelst – anders dan wordt gesuggereerd – de creatie van het goederenrechtelijke trustverband middels een overdracht ten titel van trust of een eenzijdige verklaring van trust oftewel een 'declaration of trust'. Bij de totstandkoming van de trust wordt ingeval de instelling geschiedt door een overdracht, de volledige eigendom van de goederen toevertrouwd aan de trustee.[40] Daarop komt het trustverband te rusten. In geval van een eenzijdige verklaring van trust heeft de insteller reeds de volledige eigendom en worden de goederen uitsluitend aan het trustverband onderworpen. De (potentiële) begunstigden hebben in het algemeen rechten en bevoegdheden voortvloeiend uit het trustverband die van obligatoire aard zijn. Bij onbehoorlijk beheer – ook wel aangeduid als de 'breach of trust' – staat hun vanwege de werking van het goederenrechtelijke effect van het trustverband goederenrechtelijke remedies ten dienste om de trustrechtelijke schending van de trustee recht te trekken. Dergelijke remedies kunnen derhalve niet te allen tijde worden ingeroepen. Zulks is in het Nederlandse recht geen vreemd concept. Men vergelijke hierbij onder meer het recht van reclame ex art. 7:39 BW waarbij een verkoper van roerende, aan de koper afgeleverde zaken die een persoonlijk recht heeft, een krachtens de wet toegekende goederenrechtelijke bevoegdheid tot terugvordering heeft.

Een saillant detail in verband met het fiduciaverbod is dat, indien het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW naar de letter wordt toegepast, de instelling van de trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust oftewel de 'declaration of trust' niet onder het fiduciaverbod valt. Bij een eenzijdige verklaring van trust is immers géén sprake van een vermogensverschuiving en daarmee géén overgang (*lees*: overdracht) bij de creatie van het trustverband.

310, *King v David Allen (Billposting) Ltd* [1916] 2 AC 54, waarin het numerus clausus beginsel in het Engelse recht wordt toegepast. Anders: W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 406, die van mening is dat het Engelse recht een in wezen open stelsel van absolute rechten kent. Zie ook: M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 8-9; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 265 e.v.

40 In dezelfde zin over de verkrijging van volledige eigendom door de trustee bij een overdracht ten titel van trust o.a.: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 154; W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 142; W. Loof, 'Een analyse van eigendomsverhoudingen in trusts en trustachtige figuren', *AA* 2019/9, p. 661 en p. 667. Anders: R. Th. R. Hoppenreijs & R.D. Vriesendorp, 'De fiscaal- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland: eenheid of verscheidenheid?', in: P.H. J. Essers e.a.(red.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht: Opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht*, Den Haag: Bju 2000, p. 58.

Echter, gelet op doel en strekking van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht in zijn geheel is een rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust door middel van de eenzijdige verklaring van trust zonder wettelijke basis hiermee onverenigbaar.[41]

Mijns inziens zou de problematiek rondom het fiduciaverbod – om alle onzekerheden weg te nemen – eenvoudigweg kunnen worden opgelost door, indien de Nederlandse wetgever opteert voor de introductie van de trust in het goederenrecht, een wettelijke regeling inzake de trust – zoals in het Curaçaose recht – op te nemen en voorts daarin te bepalen dat de fiducia cum creditore en de fiducia cum amico als bedoeld in art. 3:84 lid 3 BW in het kader van de trust niet leiden tot een ongeldige titel. Een soortgelijke regeling kent het internationaal goederenrecht al ten aanzien van de buitenlandse trust.[42] Door dezelfde regeling in te voeren voor de Nederlandse trust vindt er in dat kader geen achterstelling plaats ten opzichte van de buitenlandse trust die in Nederland is erkend.

3.3.1.2 Het fiduciaverbod in relatie tot 'powers'

In paragraaf 2.5.3.1 is reeds aan bod gekomen dat in het Anglo-Amerikaanse recht zowel beheers- als beschikkingsbevoegdheden – de zogenoemde 'administrative en dispositive powers' – in het kader van de trust in het leven kunnen worden geroepen. Bij de creatie van 'dispositive powers' vindt – vanwege het feit dat met de uitoefening daarvan belangen in goederen kunnen worden gecreëerd of over goederen kan worden beschikt waarvan de verkrijger van de betreffende 'power' de eigendom niet heeft – de afsplitsing en verzelfstandiging van bevoegdheden plaats. Ook het Curaçaose trustrecht biedt de insteller de mogelijkheid om bij de instelling van de trust trustrechtelijke bevoegdheden te creëren. De Curaçaose wetgever heeft voor wat betreft de in het trustrecht meest voorkomende trustrechtelijke bevoegdheden van goederenrechtelijke aard – men denke onder andere aan de bevoegdheid tot herroeping van de trust – ervoor gekozen om deze wettelijk vast te leggen. De kwestie die hierbij speelt is of bij de invoering van de trust in het Nederlandse recht het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW ter handhaving van het gesloten stelsel van het goederenrecht van betekenis kan zijn in verband met de creatie van trustrechtelijke bevoegdheden, in het bijzonder dié met een goederenrechtelijk karakter.

Ten aanzien van de meest voorkomende trustrechtelijke bevoegdheden van (mogelijk) goederenrechtelijke aard, zou de Nederlandse wetgever mijn inziens deze – evenals de Curaçaose wetgever – van een wettelijke basis dienen

41 Vgl. ook paragraaf 3.3.3.4.

42 Zie in dit kader: art. 10:126 lid 1 BW; *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 76; *Kamerstukken II* 2006/07, 30876, nr. 3, p. 3.

te voorzien.[43/44] Hierdoor kan een dergelijke bevoegdheid door de wet worden gereguleerd en is het duidelijk op welke wijze de uitoefening hiervan dient te geschieden. Een wettelijke basis zorgt ervoor dat dit soort trustrechtelijke bevoegdheden binnen het Nederlandse goederenrechtelijke systeem passen, zodat deze in geval van een overdracht niet onverenigbaar zijn met doel en strekking van het fiduciaverbod, dan wel in strijd zijn met het numerus clausus beginsel.

Voor de andere niet in de wet opgenomen trustrechtelijke bevoegdheden met een goederenrechtelijk karakter speelt het fiduciaverbod mijns inziens enkel een rol daar waar er sprake is van een overdracht.[45] Van grotere betekenis acht ik in dit kader evenwel de toepassing van het numerus clausus beginsel, dat een bredere reikwijdte heeft.[46] Anders dan het in de wet verankerde fiduciaverbod strekt het numerus clausus beginsel zich in zijn totaliteit uit tot alle (af)splitsingen en verzelfstandigingen van bevoegdheden, ook díe splitsingen en verzelfstandigingen die niet een overdracht behelzen.[47] Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de creatie van een trustrechtelijke bevoegdheid waarbij de uitoefening ervan geen overdracht vereist, doch wel goederenrechtelijke werking heeft. Terwijl het fiduciaverbod in een dergelijk geval geen toepassing zal vinden, zal het numerus clausus beginsel in zijn geheel wel van kracht zijn.

3.3.2 De legitieme portie

Een belangrijke overweging van de Nederlandse wetgever om af te zien van de introductie van een eigen trustwetgeving was de vrees die bestond inzake de benadeling van schuldeisers met betrekking tot de instelling en het bestaan

---

43 Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de bevoegdheid tot herroeping en de wijziging van de trustakte en de aanwijzing van een begunstigde. In het Nederlandse recht zou de wetgever voor wat betreft de bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde – evenals voorgesteld in paragraaf 4.15 – een specifieke bepaling kunnen opnemen waarbij de aanwijzing van de begunstigde en de wijze van uitkering door de trustee wordt geregeld. Zie hiervoor uitgebreid paragraaf 4.3.15.1, voetnoot 134.

44 Anders: W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 150-151, die betoogt dat voor het toekomstige trustrecht in Nederland de creatie van trustrechtelijke bevoegdheden uitsluitend via de verbintenisrechtelijke weg kan geschieden.

45 Zie in casu: W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 151, die van mening is dat de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW een essentieel onderdeel dient uit te maken van het toekomstige Nederlandse trustrecht.

46 Het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW is immers één van de verschijningsvormen van het numerus clausus beginsel. Zie in dit kader: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 11 e.v.

47 Zie voor een uitleg over het numerus clausus beginsel en de splitsing van goederenrechtelijke bevoegdheden in het Nederlandse recht in het algemeen: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 359 e.v.

van een trust.[48] Eén van de schuldeisers van wie de belangen in relatie tot de trust in beschouwing moet worden genomen, is de legitimaris in het erfrecht.[49] Ingevolge art. 4:63 BW hebben legitimarissen, oftewel bepaalde afstammelingen van de erflater, dwingendrechtelijke aanspraken op een gedeelte van de waarde van zijn vermogen, de zogenoemde 'legitieme portie'. In tegenstelling tot het Nederlandse recht komt een soortgelijke regeling in het Anglo-Amerikaanse erfrecht niet voor.[50] Voor wat betreft het Curaçaose recht is gelijktijdig met de invoering van de trust de legitieme portie in het erfrecht afgeschaft.[51]

Indien geopteerd wordt voor de invoering van de trust in het Nederlandse recht, dient zonder meer rekening te worden gehouden met de figuur van de legitieme portie. Anders dan wordt verondersteld, behoeft de invoering van de trust een beroep op de legitieme portie niet in de weg te staan.

In het onderstaande wordt besproken of en in hoeverre de inbreng van goederen in een trust in aanmerking moet worden genomen ter bepaling van de omvang van de legitieme portie.[52] Voorts wordt uiteengezet op welke wijze de berekening van de legitieme portie dient te geschieden in het kader van de trust.

3.3.2.1 Kwalificeert een inbreng van goederen in een trust als gift?

Heeft een legitimaris een beroep op zijn legitieme portie gedaan, dan dient – ter bepaling van de omvang van de legitieme portie – de legitimaire massa te worden samengesteld. Blijkens art. 4:65 BW omvat de legitimaire massa de waarde van de goederen der nalatenschap, vermeerderd met de in aanmerking te nemen giften bij de berekening van de legitieme portie en verminderd met de schulden vermeld art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f, waarbij giften waaruit schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder i zijn ontstaan, buiten beschouwing blijven.

Alvorens de samenstelling van de legitimaire massa te bepalen, zou in het kader van de trust moeten worden nagegaan of een inbreng in een 'inter vivos'

48 *Kamerstukken II* 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3.

49 Art. 4:7 lid 1 sub g BW

50 Het Anglo-Amerikaanse recht, in het bijzonder het Engelse recht kent evenwel een regeling, de zogenoemde 'Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975', waarbij de rechter een beperkte discretionaire bevoegdheid heeft tot het toekennen van aanspraken aan een kring der personen – waaronder de langstlevende echtgenoot, de partner, de kinderen of andere personen die financieel afhankelijk zijn van de erflater – op een deel van de nalatenschap van de erflater, indien zij kunnen aantonen dat de erflater te hunnen behoeve geen redelijke financiële voorziening heeft getroffen en als gevolg hiervan een bepaalde behoeftigheid hunnerzijds is ontstaan. Voor een uitvoerige uiteenzetting hiervan zie: A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 1015-1094.

51 Zie hiervoor paragraaf 4.3.5.

52 Vgl. ook: HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1589, *NJ* 2020/380.

trust – bij de instelling of gedurende het bestaan hiervan – als gift in het Nederlandse recht kwalificeert, teneinde deze op grond van het bepaalde in art. 4:67 BW in aanmerking te nemen voor de berekening van de legitieme portie.[53] Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds een inbreng in een 'fixed' trust en anderzijds een inbreng in een 'discretionary' trust.

Reeds is gewezen op het feit dat bij het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee – ongeacht het type trust – geen sprake kan zijn van een gift aan de trustee, gezien het feit dat een bevoordelingsbedoeling ontbreekt.[54] Voor wat betreft de begunstigde kan de door hem bij de totstandkoming van een 'fixed' trust verworven bundel van rechten, bevoegdheden en remedies waaraan een economisch belang is verbonden, niet altijd als gift ex art. 7:186 lid 2 BW worden beschouwd.[55] De toetsing of in dat kader al dan niet sprake is van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW aan de begunstigde, dient te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij in aanmerking moet worden genomen hetgeen de insteller met de instelling van de 'fixed' trust in de gegeven omstandigheden ten tijde van instelling heeft gewild.[56] Het voorgaande is evenzeer van toepassing wanneer gedurende het bestaan van een 'fixed' trust goederen worden toevertrouwd aan de trustee en ten gevolge hiervan de door de begunstigde verworven bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – waaraan het economische belang is verbonden – in waarde stijgt. Voor de berekening van de legitieme portie betekent dit dat in de gegeven omstandigheden de bevoordelingsbedoeling van de insteller c.q. inbrenger op het tijdstip van de inbreng beslissend is voor het aannemen van een gift aan de begunstigde.[57] Is in de gegeven omstandigheden een bevoordelingsbedoeling van de insteller c.q. inbrenger jegens de begunstigde op het tijdstip van inbreng aanwezig, dan is er mijns inziens sprake van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW en dient deze derhalve krachtens het bepaalde in art. 4:67 BW in aanmerking te worden genomen bij de samenstelling van de legitimaire massa.

Anders dan bij de 'fixed' trust het geval is, verkrijgt een potentiële begunstigde op het moment van de totstandkoming van de 'discretionary' trust een

---

53 De legitieme portie zal geen rol spelen bij de instelling van een testamentaire trust, gelet op het feit dat deze pas tot stand komt na de vereffening van de nalatenschap. Dit impliceert dat met de legitimaris – die een schuldeiser is van de nalatenschap – in dat kader rekening wordt gehouden.

54 Vgl. in dit kader paragraaf 3.3.3.5. Hoewel in paragraaf 3.3.3.5 de gift in het Curaçaose recht is besproken, is het Nederlandse recht op dit punt gelijkluidend.

55 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.

56 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.

57 De situatie kan zich voordoen waarbij de insteller c.q. inbrenger tevens begunstigde is. In dat geval wordt niet voldaan aan de vereisten van verrijking en bevoordelingsbedoeling. Indien de insteller c.q. inbrenger overlijdt, dan is naar mijn overtuiging sprake van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW aan de personen die bij zijn overlijden zijn bundel van rechten, bevoegdheden en remedies verwerven.

bundel van rechten, bevoegdheden en remedies waaraan géén economisch belang is verbonden.[58] Ook indien gedurende het bestaan van de 'discretionary' trust goederen aan de trustee zijn toevertrouwd, verkrijgt de potentiële begunstigde – zolang hij niet is aangewezen als begunstigde – geen economisch belang. Dit heeft tot gevolg dat de potentiële begunstigde, voor zover de trustee zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde niet heeft uitgeoefend, (nog) geen aanspraak kan maken op de trustgoederen. Of in dat kader al dan niet sprake is van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW, kan pas worden vastgesteld op het tijdstip dat de trustee uit hoofde van zijn discretionaire bevoegdheid een begunstigde heeft aangewezen en wel aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij in aanmerking moet worden genomen hetgeen de insteller c.q. inbrenger met de inbreng in de 'discretionary' trust in de gegeven omstandigheden ten tijde van de inbreng heeft gewild.[59]
Het komt erop neer dat, zolang de trustee geen gebruik heeft gemaakt van de aan hem toegekende discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing, de inbreng in de 'discretionary' trust niet als gift kwalificeert en derhalve niet in aanmerking behoeft te worden genomen voor de berekening van de legitieme portie.[60]

Het risico bestaat dat zonder adequate wetgeving op dit punt, de inbreng van goederen in een 'discretionary' trust ten detrimente van de rechten van de legitimaris kan geschieden. Teneinde de aanspraken van de legitimaris in casu te beschermen en rekening houdend met het doel en de strekking die de Nederlandse wetgever met de regeling betreffende de legitieme portie voor ogen had, dient in dit kader naar ik meen bij de implementatie van een eigen Nederlandse trustwetgeving in titel 4.4.3 BW een fictie in de wet te worden opgenomen voor de inbreng in een 'discretionary trust.[61/62] Hierin dient

58 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.
59 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.
60 In vergelijkbare zin: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 90-91; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 234; H.M.C. Duin, 'Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme', *KWEP* 2021/9, p. 9. Zie ook: A.J. van Hoepen, 'Never trust a trust. Het verhaal van de treurige legitimaris', *WPNR* 2014/7008, p. 201-202; A.J. van Hoepen, 'Naschrift', *WPNR* 2014/7028, p. 728-729. Anders: W. Loof, 'Reactie op 'Never trust a trust" van A.J. van Hoepen in WPNR (2014) 7008', *WPNR* 2014/7028, p. 724-725.
61 Zie voor de ratio van de legitieme portie: G. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 4, Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1806 e.v.
62 Vgl. E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 95-97. Vgl. ook: H.M.C. Duin, Civielrechtelijke kwalificatie van de inbrenghandeling van vermogen in een Privatstiftung', *WPNR* 2021/7324, p. 372-373 en H.M.C. Duin, 'Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme', *KWEP* 2021/9, p. 11, die de inbreng van vermogen in een Privatstiftung in het kader van de legitieme bespreekt.

naar mijn mening een wettelijke fictie te worden opgenomen waarin wordt bepaald dat een inbreng in een 'discretionary' trust – bij de instelling of gedurende het bestaan daarvan – geacht wordt een gift te zijn aan een potentiële begunstigde, indien de insteller c.q. inbrenger met de inbreng in de gegeven omstandigheden ten tijde van de inbreng de bevoordeling van één of meer personen die deel uitmaken van de groep der potentiële begunstigden, heeft gewild.[63] De bevoordelingsbedoeling is mijns inziens in casu – ondanks de voormelde wettelijke fictie – doorslaggevend, aangezien deze een belangrijk vereiste is voor de classificatie van een (rechts)handeling als gift. Indien de bedoeling van de insteller c.q. inbrenger om één of meer personen die deel uitmaken van de groep der potentiële begunstigden te bevoordelen aanwezig wordt geacht op het tijdstip van inbreng, zal er op enig moment in de toekomst – ongeacht het tijdstip waarop de aanwijzing van een begunstigde door de trustee plaatsvindt en wie als begunstigde wordt aangewezen – sprake zijn van een gift aan één of meer begunstigden.

3.3.2.2 In aanmerking genomen giften en de waardering van de inbreng van de goederen in de trust

Indien de inbreng van goederen in een trust als een gift kan worden beschouwd, bepaalt art. 4:67 BW welke giften in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van de legitimaire massa. Als hoofdregel geldt dat enkel giften in aanmerking worden genomen, voor zover de prestatie binnen vijf jaren voor het overlijden van de erflater is geschied.[64/65] In afwijking hiervan kunnen krachtens het bepaalde in art. 4:67 sub a t/m d BW giften die ouder zijn dan vijf jaar ook in aanmerking worden genomen voor de berekening. Het betreft de volgende giften:

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 zijn overlijden ten volle te worden genoten; en
d. giften, door de erflater aan een afstammeling gedaan, mits deze of een afstammeling van hem legitimaris van de erflater is.

---

63 Deze fictie dient mijns inziens tevens van toepassing te zijn op een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel, aangezien de begunstiging bij een dergelijke trust pas bekend wordt op het moment van uitkering.

64 Art. 4:67 sub e BW

65 Een beroep op de legitieme portie laat het bestaan van de trust overigens onverlet. Dit geldt naar mijn mening in beginsel eveneens voor de inbreng in de trust.

De inbreng van goederen in een trust zal doorgaans onder de hoofdregel vallen. In zeer uitzonderlijke gevallen zal zich in het kader van een trust een geval als bedoeld onder a t/m d voordoen.[66]

Voor wat betreft de waardering van giften stipuleert art. 4:66 lid 1 BW als hoofdregel dat voor de toepassing van titel 4.4.3 BW giften worden gewaardeerd naar het tijdstip van de prestatie. Voor een inbreng in een trust impliceert dit dat de waarde van hetgeen in de trust is ingebracht op het tijdstip van inbreng wordt bepaald. Gezien het dynamische karakter van het trustfonds, maakt een dergelijk waarderingsvoorschrift de waardering van een inbreng in een trust vanuit praktisch oogpunt veel simpeler.

3.3.2.3 Giften die in het kader van de trust in mindering worden gebracht

Indien de omvang van de legitimaire massa is bepaald, moet vervolgens worden nagegaan of de legitimaris giften van de erflater heeft ontvangen. Is dit het geval, dan worden deze giften aan de legitimaris toegerekend, zodat de waarde van deze giften krachtens art. 4:70 lid 1 BW op zijn legitieme portie in mindering komen. In het kader van de trust rijst de vraag of en in hoeverre het zijn van een (potentiële) begunstigde in een trust invloed heeft op de toerekening aan de legitimaris van een inbreng die als gift is aangemerkt. Hierbij dient wederom onderscheid te worden gemaakt tussen een 'fixed' trust en een 'discretionary' trust.

Wanneer een legitimaris tevens begunstigde is van een 'fixed' trust, dan levert de toerekening van de economische waarde van een deel van de inbreng in de trust – vanwege het door hem verworven recht op een aandeel in het trustfonds – weinig praktische problemen op. De toerekening van de desbetreffende inbreng in de 'fixed' trust aan de legitimaris geschiedt naar rato van zijn aandeel in het trustfonds.[67/68]

Complexer is de toerekening aan de legitimaris van de waarde van een inbreng van goederen in een 'discretionary' trust. Bij een 'discretionary' trust is aan de potentiële begunstigde – behoudens hetgeen reeds uit de trust door hem is verkregen – (nog) geen recht toegekend tot de verkrijging van een aandeel in het trustfonds. De potentiële begunstigde heeft in dat geval géén economisch belang doch slechts een potentieel recht. Zou aan de legitimaris de waarde van hetgeen hij als begunstigde zou kunnen verkrijgen – zij het dat zijn potentieel aandeel ruwweg zou worden berekend op basis van het aantal potentiële begunstigden dat op het tijdstip van de desbetreffende

66 Vgl. voorts: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 92-93.

67 Dit is het geval wanneer de bevoordelingsbedoeling aantoonbaar is zoals hiervoor beschreven in paragraaf 5.3.3.2 onder a en er derhalve sprake is van een gift.

68 De toerekening vindt eveneens plaats na kwalificatie en waardering van het hem toegekende recht. Men denke hierbij aan een begunstigde toegekend belang in een 'life interest' trust.

inbreng aanwezig was – worden toegerekend, dan zou rekening moeten worden gehouden met het feit dat de kans bestaat dat hij na de toerekening van die betreffende inbreng en de afwikkeling van de nalatenschap, niets uit de trust ontvangt. Andersom is het denkbare scenario waarin geen toerekening van de waarde van de betreffende inbreng aan de legitimaris plaatsvindt en hij nadien een uitkering uit de trust ontvangt. In beide gevallen wordt de legitimaris die begunstigde, dan wel potentieel begunstigde is in een trust, ongelijk behandeld ten opzichte van de andere erfgenamen van de erflater. Hoewel het op dit punt lastig is om een uitgebalanceerde oplossing te vinden voor dit probleem, ben ik toch van mening dat – gezien de ratio van de legitieme portie – de waarde van hetgeen de legitimaris die tevens potentiële begunstigde is had kunnen verkrijgen, niet in mindering kan komen van zijn legitieme portie.

Heeft de legitimaris-potentiële begunstigde daarentegen wel goederen uit de trust ontvangen die betrekking hebben op de desbetreffende inbreng, dan lijdt er geen twijfel dat de waarde daarvan in mindering komt op zijn legitieme portie.

Een oplossing voor deze ongelijke – doch gunstige – behandeling van de legitimaris-potentiële begunstigde in het kader van de 'discretionary' trust, dient in mijn opinie te worden gezocht in de estate-planningsfase waarbij de insteller zich rekenschap dient te geven van het feit dat de bovengeschetste scenario's bij de inbreng van goederen in een 'discretionary' trust zich kunnen voordoen. De insteller kan bijvoorbeeld in de trustakte bepalen dat indien een potentiële begunstigde een beroep doet op zijn legitieme portie, hetgeen hij op grond van zijn legitieme portie verkrijgt nadien in mindering komt op zijn uitkering uit een trust. De insteller kan ook stipuleren dat de legitimaris-potentiële begunstigde bij een beroep op de legitieme portie wordt uitgesloten van de groep der potentiële begunstigden, hetgeen betekent dat de trustee de aan hem toegekende bevoegdheid tot aanwijzing niet ten gunste van de legitimaris-potentiële begunstigde kan uitoefenen.[69]

3.3.2.4 Inkorting van giften in het kader van de trust

Wanneer de aanspraak van de legitimaris is vastgesteld, heeft hij een vordering in geld op de gezamenlijke erfgenamen, dan wel de langstlevende echtgenoot.[70] De situatie kan zich echter voordoen waarbij het saldo van de nalatenschap ontoereikend is om de gehele vordering van de legitimaris te voldoen. In dat geval kan de legitimaris voor het resterende deel van zijn vordering op voet van art. 4:89 lid 1 BW de daarvoor vatbare giften inkorten, voor zover zij aan zijn legitieme portie afbreuk doen. In het kader van de trust kan de

69 Vgl. ook: M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 238.

70 Art. 4:80 BW.

inkorting op diverse wijzen geschieden, afhankelijk of er sprake is van een 'fixed' trust, dan wel een 'discretionary' trust.[71]

De vraag op welke wijze de inkorting van een inbreng in een 'fixed' trust dient te geschieden, is afhankelijk van de vraag of de inbreng waarop de inkorting betrekking heeft, al dan niet (voor een deel) aan begunstigde is uitgekeerd. Is de gehele inbreng aan de begunstigde uitgekeerd, dan dient de inkorting (naar rato van zijn aandeel in het trustfonds) bij de begunstigde plaats te vinden. Heeft een uitkering van de inbreng daarentegen nog niet plaatsgehad, dan dient de inkorting bij de trustee te geschieden. Indien de trustee echter een deel van de inbreng aan de begunstigde heeft uitgekeerd, dan dient de inkorting te geschieden naar rato van zijn aandeel in de trust waarbij rekening wordt gehouden met hetgeen reeds is uitgekeerd aan de begunstigde. Dat impliceert dat indien een deel van de inbreng waarop de inkorting betrekking heeft, is uitgekeerd aan de begunstigde, de inkorting geschiedt naar het percentage van de waarde dat reeds is uitgekeerd aan de begunstigde en het percentage van de waarde dat nog tot het trustfonds behoort. Derhalve vindt de inkorting plaats bij zowel de trustee als de begunstigde.

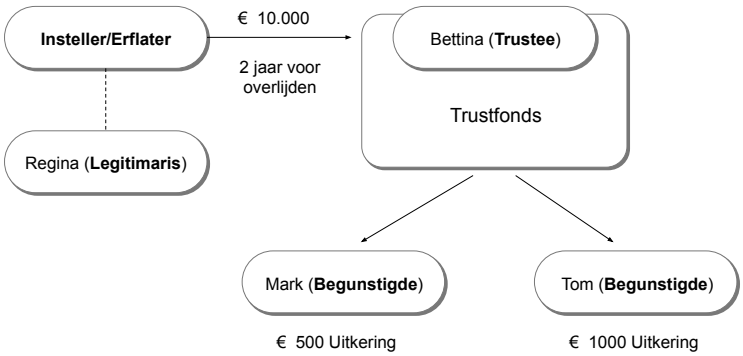
Ingeval een inbreng in een 'discretionary' trust moet worden ingekort, dient de inkorting in beginsel bij de trustee te geschieden. Wanneer er evenwel een uitkering heeft plaatsgevonden, zijn mijns inziens dezelfde regels die gelden voor inkorting bij de 'fixed' trust van toepassing op de inkorting van de 'discretionary' trust.

71 Anders: I.S. Joppe, 'Iets over het Erfrechtverdrag en het Trustverdrag' in: E. Hondius e.a.(red.), *Quod Licet: Kleijn-Bundel?: bundel aangeboden aan prof. mr. W.M. Kleijn ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar burgerlijk recht en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden op 21 februari 1992*. Deventer: Kluwer 1992, p. 196; E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 97-98, die van mening zijn dat de inkorting enkel bij de trustee moet plaatsvinden.

Ter illustratie het volgende rekenvoorbeeld met betrekking tot de 'fixed' trust:

Voorbeeld: Inkorting in een 'fixed' trust

+ €	100.000	Reeds aanwezig in het trustfonds
+ €	10.000	Eenmalige inbreng in de trust
- €	1.500	Eenmalige uitkering uit het trustfonds
€	108.500	



Stel:

* Legitieme portie van Regina: € 5.000
* Legitieme *tekort* van Regina na inkorting op (andere) makingen: € 2.000

Berekening

$$\frac{\text{(tekort)}}{\text{(inbreng)}} = \frac{€\ 2.000}{€\ 10.000} = \frac{1}{5}$$

Mark:	1/5	x €	500	= €	100
Tom:	1/5	x €	1.000	= €	200
Bettina:	1/5	x €	8.500	= €	1.700
			totaal:	€	2.000

4 DE INVOERING VAN DE TRUST IN HET NEDERLANDSE RECHT

Zoals in paragraaf 5.2.1 reeds is gemeld, was bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid in 2011 een wetsvoorstel inzake de invoering van de trust in het Nederlandse recht in de maak. Het feit dat het ministerie de voorbereiding hiervan op zich heeft genomen, getuigt mijns inziens – anders dan gedurende de behandeling van het wetsvoorstel betreffende de aanvaarding van het HTV in Nederland in de jaren 80 en 90 – van een gewijzigde opvatting over de invoering van de trust in het Nederlandse recht en de bereidheid om hiertoe over te gaan. Daarnaast pleit naar mijn mening het in het Koninkrijksrecht toepasselijke concordantiebeginsel voor de invoering van de Nederlandse trust,

gelet op het feit dat op grond hiervan het burgerlijk recht in alle landen van het Koninkrijk zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze dient te worden geregeld. In tegenstelling tot het Curaçaose recht zijn er thans hoofdzakelijk twee beperkingen in het Nederlandse recht – het fiduciaverbod en de legitieme portie – die de invoering van de trust in de weg zouden kunnen staan. Beide restricties kunnen echter worden opgeheven door een aantal nadere regelingen in de wet op nemen die ervoor zorgen dat de invoering van trust niet in strijd komt met de grondbeginselen van het Nederlandse vermogensrecht. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het opnemen van de trust als eigensoortige goederenrechtelijke rechtsfiguur in het huidige Nederlandse goederenrechtelijke systeem. Men denke tevens aan een wettelijke regeling die bepaalt dat de rechtshandelingen strekkende tot de totstandkoming van de trust niet tot een ongeldige titel leiden. Daarnaast zou een wettelijke fictie in het kader van de legitieme portie kunnen worden toegevoegd waarin wordt bepaald dat de inbreng in een 'discretionary' trust onder omstandigheden geacht wordt een gift te zijn aan een potentiële begunstigde.[72] Kortom, de trust kan niet worden gebruikt om de legitieme portie te omzeilen. Als gevolg van de gepresenteerde oplossingen – zoals uitvoerig in paragraaf 5.3.3 is toegelicht – worden de beperkingen die aanvankelijk als bottleneck werden gezien, geneutraliseerd. Zodoende wordt een vruchtbare bodem gevormd en wordt het pad geëffend voor de introductie van de trust in het Nederlandse recht.

Indien het Curaçaose trustmodel als inspiratiebron fungeert, zou de trust in het Nederlandse burgerlijk recht – evenals in het Curaçaose recht – in titel 3.6 BW dienen te worden opgenomen. Thans is deze titel gereserveerd voor het bewind. Aangezien het bewind met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet meer in het Nederlandse burgerlijk recht zal worden ingevoerd, zal het opnemen van de trust in titel 3.6 BW geen beletsel vormen.[73]

Bij de introductie van de trust in het Nederlandse recht dient naar ik meen – zoals ook in het Curaçaose recht – zowel de 'inter vivos' trust als de testamentaire trust in de trustwetgeving te worden opgenomen op overeenkomstige wijze als voorgesteld in hoofdstuk 4.[74] Voor de testamentaire trust betekent dit dat de introductie hiervan zal moeten leiden tot een kleine aanpassing van het huidige erfrecht, teneinde het totstandkomingsproces van de trust na het overlijden van de erflater te versoepelen.[75] Gelet op het feit dat het Curaçaose recht nagenoeg gelijkluidend is aan het Nederlandse recht, zal de implementatie van beide soorten trust in Nederland op basis van de voorgestelde reparatie

72 Zie paragraaf 5.3.3.2.

73 Vgl. ook: *Kamerstukken II* 1991/92, 17779, 13, p. 2-3.

74 Vgl. hoofdstuk 4 van dit boek voor specifieke onderdelen van het trustrecht die eveneens in het Nederlandse recht zouden kunnen worden ingevoerd.

75 De testamentaire trust zou derhalve een éénloketfunctie kunnen hebben in het erfrecht, hetgeen betekent dat een combinatie van uiterste wilsbeschikkingen – zoals legaten, lasten en executele benoemingen – en het effect daarvan in één rechtsfiguur kunnen worden geconcentreerd.

van de Curaçaose trustwetgeving, minder belemmeringen met zich meebrengen dan aanvankelijk is betoogd door critici.

De ontwikkelingen in de rechtspraktijk zullen uitsluitsel moeten bieden over de wijze waarop de trustwetgeving het beste dient te worden ingebed in het Nederlandse burgerlijk recht. Dit impliceert derhalve dat de werking van de trust in het Nederlandse recht verder moet worden gestroomlijnd door middel van onder andere jurisprudentie en wetswijzigingen.

5 AFSLUITEND

In dit hoofdstuk zijn de ontwikkelingen ten aanzien van de invoering van de trust, de huidige stand van zaken hiervan en de mogelijkheden voor de introductie van de trust in het Nederlandse recht, besproken. Hierbij is uiteengezet in hoeverre de trust binnen de grenzen van het Nederlandse burgerlijk recht kan worden ingevoerd. Geconcludeerd kan worden dat de wettelijke beperkingen – zoals het fiduciaverbod en de legitieme portie – geen sta-in-de-weg hoeven te zijn. Voor deze beperkingen worden oplossingen aangereikt, zodat de weg naar de invoering van de trust in Nederland geëfend wordt.

6 Conclusie

De Anglo-Amerikaanse trust is vanwege zijn uiteenlopende toepassingsmogelijkheden één van de meest gebruikte rechtsfiguren binnen de internationale financierings- en estate planningspraktijk. Deze rechtsfiguur wint – ondanks zijn complexiteit – in steeds meer landen met een continentaal rechtsstelsel aan populariteit. Niettemin hebben binnen het Koninkrijk tot nu toe enkel Curaçao en Sint Maarten een eigen trustwetgeving.[1] Nederland heeft vanwege een aantal bezwaren besloten om af te zien van de invoering van de trust en heeft derhalve tot heden geen trustwet.

Het doel van dit onderzoek was om de Anglo-Amerikaanse trust op heldere en functionele wijze uiteen te zetten, de Curaçaose trustwetgeving de revue te laten passeren en ten slotte de discussie omtrent de invoering van een trustfiguur in Nederland opnieuw aan te zwengelen en de politiek aan te sporen om de invoering van de trust in het Nederlandse recht in heroverweging te nemen. Gezien het feit dat Curaçao reeds in 2012 een eigen trustwetgeving heeft ingevoerd en het Curaçaose rechtssysteem voor wat betreft het burgerlijk recht nagenoeg gelijkluidend is aan dat van Nederland, luidde de onderzoeksvraag die in casu centraal staat, als volgt:

> "In hoeverre en op welke wijze kan het Curaçaose trustmodel als voorbeeld dienen voor de invoering van de trust in het Nederlandse civiele recht?"

In het navolgende wordt aan de hand van een kort overzicht een antwoord op de bovenstaande vraag gegeven.

1 De functionele interpretatie van de Anglo-Amerikaanse trust

Bij de uiteenzetting van de Anglo-Amerikaanse trust in continentale begrippen is in het verleden veelvuldig beargumenteerd dat de trust en zijn rechtsgevolgen – vanwege de wisselwerking tussen 'common law' en 'equity' in het Anglo-Amerikaanse recht en daarmee het grote contrast tussen het Anglo-Amerikaanse en het continentale rechtssysteem – in het continentale recht (*lees*: het Nederlandse recht) moeilijk in te passen is. Deze zienswijze is te wijten

1 Gelet op het feit dat de trustwetgeving van Sint Maarten identiek is aan die van Curaçao, heb ik mij enkel beperkt tot de Curaçaose trustwetgeving.

aan het feit dat continentale juristen bij de bespreking van de trust deze vaak bezien vanuit een continentaal perspectief en derhalve de begrippen uit het Anglo-Amerikaanse trustrecht interpreteren met een continentale bril op. Het gevaar van een dergelijke visie is dat de vraag of de Anglo-Amerikaanse trust in te passen is in het continentale recht, sneller ontkennend wordt beantwoord vanwege het gegeven dat er grote verschillen bestaan tussen de wijze van interpretatie van de trust en zijn rechtsgevolgen binnen het Anglo-Amerikaanse recht en het continentale recht. Teneinde te onderzoeken of de Anglo-Amerikaanse trust binnen de grenzen van en door middel van bestaande privaatrechtelijke concepten binnen het continentale recht kan worden ingevoerd en op welke wijze de rechtsgevolgen van de trust kunnen worden nagebootst om dezelfde effecten in het Anglo-Amerikaanse recht te bewerkstelligen, zijn de trustrechtelijke begrippen uit het Anglo-Amerikaanse recht in hoofdstukken 2 en 3 niet letterlijk, doch op functionele wijze geïnterpreteerd. Daaruit blijkt dat, alhoewel het Anglo-Amerikaanse en het continentale recht van elkaar verschillen, bepaalde concepten die in het Anglo-Amerikaanse (trust)recht voorkomen, voor het continentale recht eveneens bekende concepten zijn ondanks het feit dat Nederland de trust in zijn BW niet kent.

2 HET CURAÇAOSE TRUSTRECHT ALS VOORBEELD VOOR EEN MOGELIJK NEDERLANDS TRUSTRECHT

De sterke verwantschap tussen het Curaçaose en het Nederlandse burgerlijk recht en het concordantiebeginsel binnen het Koninkrijksrecht heeft ertoe geleid dat er een uitgebreide analyse van het Curaçaose trustrecht is uitgevoerd, om te bepalen of het Curaçaose trustmodel als voorbeeld voor de vormgeving van een Nederlandse trustwetgeving kan dienen. Op basis van een functionele uitleg van de trust en de uiteenzetting van de wijze waarop de Curaçaose wetgever de trustwetgeving gestalte heeft gegeven, kan worden geconcludeerd dat – alhoewel de goederenrechtelijke rechtsgevolgen van de trust in het Curaçaose recht niet altijd op adequate wijze zijn uitgewerkt – de Curaçaose wetgever getracht heeft de werking van de trust naar Anglo-Amerikaanse recht binnen de grenzen van het Curaçaose recht zoveel mogelijk na te bootsen. Men denke hierbij onder meer aan de introductie van de 'declaration of trust' oftewel de eenzijdige verklaring van trust, de bevoegdheid tot herroeping en wijziging van de trust en de goederenrechtelijke opvorderingsactie in geval van een 'breach of trust'.

Hoewel er een aantal problemen in het trustrecht is gesignaleerd, kan het Curaçaose trustmodel – na de voorgestelde oplossingen in hoofdstuk 4 – goed als voorbeeld fungeren. De Nederlandse wetgever dient zich bewust te zijn van het feit dat bij de introductie van de trust, binnen de grenzen van het Nederlandse burgerlijk recht aansluiting en aanknopingspunten moeten worden gezocht bij bestaande Nederlandse verbintenisrechtelijke en goederenrech-

telijke concepten die ook kunnen worden gebruikt dan wel in beperkte mate moeten worden gemodificeerd, teneinde de rechtsgevolgen van de trust op adequate wijze te kunnen uitwerken. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de introductie van een wettelijke basis voor de 'declaration of trust', een adequate erfrechtelijke regeling voor de testamentaire trust en voorrangsrechten zoals wij die kennen in het burgerlijk recht voor de (potentiële) begunstigden in geval van een 'breach of trust'. Door met het voorgaande rekening te houden, kunnen dan de principiële bezwaren die de Nederlandse wetgever in de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw had – men denke met name aan de onverenigbaarheid van een vreemde rechtsfiguur als de trust met het Nederlandse goederenrecht en de schending van rechten van derden als gevolg van de goederenrechtelijke rechtsgevolgen van de trust – van de hand worden gewezen.

Ten slotte kan de Nederlandse wetgever als gevolg van de uitvoerige analyse, lering trekken uit de gebreken die in de Curaçaose trustwetgeving zijn geconstateerd, zodat hij deze tekortkomingen en valkuilen bij de vormgeving van een eigen trustwetgeving kan vermijden.

3 De wijze waarop de trustfiguur in het Nederlandse burgerlijk recht kan worden ingevoerd

Het Curaçaose trustmodel laat in het vorenstaande zien dat de trust – indien deze binnen de grenzen van het Curaçaose burgerlijk recht wordt geïntroduceerd – goed inpasbaar is binnen het continentale rechtsstelsel. Dat geldt eveneens voor Nederland indien het kiest om een eigen trustwetgeving in te voeren. Hierbij moet wel het Nederlandse rechtsklimaat in ogenschouw worden genomen, hetgeen wil zeggen dat de inpassing van de trust in het Nederlandse burgerlijk recht niet in strijd mag zijn met het gesloten stelsel van het goederenrecht en de regeling betreffende de legitieme portie. Dit impliceert dat de rechten en bevoegdheden die betrekking hebben op (de werking van) de trust en derhalve zijn toegekend aan de betrokkenen bij de trust, binnen het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht moeten passen. Het voorgaande is realiseerbaar door de rechten en bevoegdheden ten aanzien van de trust uitdrukkelijk in de wet vast te leggen. Daarnaast dient een wettelijke fictie – zoals uiteengezet in hoofdstuk 5 – in het erfrecht en in bijzonder in titel 4.4.3 BW te worden opgenomen, teneinde de instelling van c.q. inbreng in een trust in de gegeven omstandigheden als gift aan te merken en daarmee te onderwerpen aan de regeling inzake de legitieme portie. Al met al behoeven het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht en de legitieme portie geen belemmering te vormen voor de introductie van de trust in het Nederlandse civiele recht.

In tegenstelling tot de thans vigerende Curaçaose trustwetgeving dient het toekomstige Nederlandse trustrecht – ter bevordering van de inzichtelijk-

heid in en omwille van een betere samenhang tussen de diverse trustbepalingen – te streven naar een duidelijke en systematische indeling van de trusttitel in de wet door middel van het gebruik van meerdere afdelingen en paragrafen.

4 AANBEVELING

Nu uit het onderzoek is gebleken dat de invoering van de trust in het Nederlandse civiele recht geen beletsel meer behoeft te zijn, is het aanbevelenswaardig dat de Nederlandse wetgever de invoering van de trust in het Nederlandse civiele recht opnieuw in overweging neemt en hiervoor een commissie instelt, bestaande uit experts op het gebied van het fiscale, financiële en notariële recht.

5 TOT SLOT

Zoals Franklin Delano Roosevelt, de 32ste president van de Verenigde Staten van Amerika, tijdens zijn inaugurele rede zei: "*the only thing you have to fear is fear itself*", zo hoeft Nederland – als Europees land met een continentaal rechtsstelsel – niet te vrezen voor de invoering van de trust in zijn rechtssysteem. Zal Nederland 'have the trust to speak the same language'?

Samenvatting

SPEAKING THE SAME LANGUAGE

De invoering van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse recht

Dit onderzoek behelst een uiteenzetting van de trust naar Anglo-Amerikaanse en Curaçaos recht en de mogelijkheden om tot invoering van de trust in het Nederlandse recht over te gaan.

In het onderstaande wordt een samenvatting gegeven van de inhoudelijke hoofdstukken van dit proefschrift.

Hoofdstuk 2

In hoofdstuk 2 wordt de trust naar Anglo-Amerikaanse recht uiteengezet, waarbij de historie en de rechtsgevolgen van de trust, in het bijzonder de 'private express' trust in het Anglo-Amerikaanse recht en de zogenoemde 'powers' uitvoerig worden behandeld.

De trust is een in het Anglo-Amerikaanse recht ontwikkelde rechtsfiguur die zijn fundament vindt in het Middeleeuwse Engelse onroerend-goedrecht. Thans is de trust één van de meest toegepaste rechtsfiguren in het Anglo-Amerikaanse recht. De trust wordt in het Anglo-Amerikaanse recht toegepast in de ondernemings-, financierings- en estate-planningspraktijk.

De trust kent diverse variaties en kan voor verschillende doeleinden worden gebruikt. Het is daarom lastig om een precieze definitie van de trust te geven. De trust kan in het algemeen het beste worden omschreven als:

1. een goederenrechtelijk verband als gevolg waarvan van rechtswege een fiduciaire rechtsverhouding ontstaat op grond van:
   a. één of meer wettelijke regelingen;
   b. een rechtshandeling door de 'trustor' of 'settlor';
   c. de bevoegdheid van de rechter; of
   d. het afleiden van bepaalde specifieke gedragingen;
2. waarbij de eigendom van één of meer goederen, het zogenoemde 'trust-fund';
3. aan de trustee wordt toevertrouwd en door hem wordt beheerd;
4. ten bate van de beneficiary ofwel de begunstigde of voor een bepaald doel; en

5. de beneficiary of de persoon die belast is met de handhaving van de trust, rechten kan uitoefenen en remedies heeft jegens de trustee of een derde met betrekking tot het 'trustfund'.

De trust kan tot stand komen als gevolg van verschillende (rechts)handelingen. Men denke hierbij onder meer aan een rechtshandeling tot de instelling van de trust door een 'settlor' ofwel een trustor (*express trusts*), een wettelijke regeling (*statutory trusts*), of bepaalde gedragingen (*resulting en constructive trusts*).

De meest voorkomende trustcategorie in het Anglo-Amerikaanse recht behelst de 'private express' trust. Bij de instelling hiervan brengt de settlor een trust tot stand door de aangewezen trustgoederen aan de trustee toe te vertrouwen ten behoeve van één of meer beneficiaries. Het toevertrouwen geschiedt door middel van een overdracht van de trustgoederen aan de trustee in spe (*transfer in trust*) of via een verklaring waarin de settlor aangeeft dat hij de goederen die onder trustverband zijn gesteld, vanaf de totstandkoming van de trust als trustee zal beheren (*declaration of trust*). Na de rechtsgeldige totstandkoming van de trust is de trustee in zijn hoedanigheid van trustee rechthebbende van de onder trustverband geplaatste goederen en is de settlor in beginsel als zodanig niet meer bij de trust betrokken.

De 'private express' trust kan op twee tijdstippen worden ingesteld. De instelling kan geschieden gedurende het leven (*inter vivos trust*) , dan wel bij uiterste wilsbeschikking (*testamentary trust*). Beneficiaries kunnen concrete vermogensrechtelijke aanspraken hebben op het trustfonds (*fixed trust*) of hebben een blote verwachting totdat de trustee gebruikmaakt van zijn discretionaire bevoegdheid (*discretionary trust*). Op het moment dat de trustgoederen aan de trustee worden toevertrouwd, ontstaat van rechtswege een *goederenrechtelijk* trustverband en wordt daarmee tevens een fiduciaire rechtsverhouding – de trustrechtelijke rechtsverhouding – gecreëerd tussen de trustee en de (potentiële) beneficiary waaruit diverse rechten, bevoegdheden en verplichtingen voortvloeien. De trustee verkrijgt in dat verband een 'legal interest' die ziet op de formele beschikkingsmacht, hetgeen impliceert dat hij handelingen kan verrichten die toekomen aan de rechthebbende van een goed. Daarentegen verkrijgt de beneficiary op grond van de trust een 'equitable interest'. Dit recht verwijst naar het recht van de beneficiary binnen het trustrecht om de trustee – die als rechthebbende van de trustgoederen optreedt – te verplichten de rechten die hij heeft verkregen teneinde het trustfonds te beheren, overeenkomstig de taken c.q. verplichtingen die voortvloeien uit het trustrecht en de voorwaarden van de trustakte, uit te oefenen.

Naast de instelling van de 'private express' trust kunnen trusts ook in het leven worden geroepen ter behartiging van maatschappelijk en charitatieve belangen (*charitable trusts*). Hoewel de zowel de 'private express' trust als de 'charitable' trust in de categorie 'express trust' vallen en veel overeenkomsten hebben, kent de 'charitable' trust – in tegenstelling tot de 'private express' trust – geen beneficiaries en heeft een publiek karakter.

Ten slotte speelt de rechtsfiguur van 'powers' (een zeer onderbelicht onderwerp in de Nederlandse rechtsliteratuur), die inherent is aan en een wezenlijk onderdeel vormt van het Anglo-Amerikaanse trustrecht, een belangrijke rol bij de totstandkoming van de trust. De powers in het trustrecht kunnen worden omschreven als verleende discretionaire bevoegdheden die strekken tot beheers- en beschikkingshandelingen ten aanzien van de onder trustverband gestelde goederen. Evenals de trust kunnen powers in diverse categorieën worden onderverdeeld. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de verleende discretionaire bevoegdheden strekkende tot beheershandelingen met betrekking tot de trustgoederen (*administrative powers*) of discretionaire bevoegdheden die zijn verleend teneinde daden van beschikking te kunnen verrichten (*dispositive powers*). De meest voorkomende 'dispositive' power is de zogenoemde 'power of appointment', waarbij de verkrijger een discretionaire bevoegdheid verkrijgt tot het aanwijzen van personen die gerechtigden worden van een goed waarop de power betrekking heeft. De 'discretionary' trust naar Anglo-Amerikaanse recht is een voorbeeld van een combinatie van een 'express' trust met een bijzondere 'power of appointment', waarbij aan de trustee een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend tot aanwijzing van beneficiaries gekozen uit een groep der potentiële beneficiaries die de settlor heeft samengesteld.

Hoofdstuk 3

In hoofdstuk 3 is de trust naar Curaçaos recht de revue gepasseerd, waarbij allereerst een uiteenzetting wordt gegeven van de achtergrond van de staatkundige structuur binnen het Koninkrijk en het Curaçaose burgerlijk recht in het algemeen. Vervolgens wordt ingegaan op de wijze waarop de Curaçaose trust functioneert en de fundamentele problemen die thans de werking van de Curaçaose trust beletten.

Curaçao is het eerste land binnen het Koninkrijk dat per 1 januari 2012 de trust (op grond van de Landsverordening Trust) in zijn BW (titel 3.6 BWC) heeft geïntroduceerd. De Curaçaose trustwetgeving is in beginsel gebaseerd op het Anglo-Amerikaanse recht en is deels geïnspireerd door het HTV en de 'European Principles of Trust Law'.

Evenals de Anglo-Amerikaanse trust kent de Curaçaose trust velerlei toepassingen in de praktijk. Voor de definitie van de trust in het Curaçaose recht heeft de Curaçaose wetgever aansluiting gezocht bij art. 2 van het HTV en wordt de trust omschreven als:

> "rechtsbetrekkingen die bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer een trustee rechthebbende op goederen is of wordt ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel."

Anders dan de Anglo-Amerikaanse trust heeft de Curaçaose wetgever enkel gekozen om de 'express' trust in de wet te introduceren. Reden hiervoor is dat – in tegenstelling tot de andere trustvormen in het Anglo-Amerikaanse recht – de 'express' trust beter aansluit bij een continentaal rechtssysteem.

Ingevolge de Curaçaose trustwetgeving kan de trust worden ingesteld ten behoeve van een aantal (potentiële) begunstigden, dan wel ter verwezenlijking van een bepaald doel. Het toevertrouwen van de beoogde trustgoederen door de insteller aan de toekomstige trustee geschiedt via een overdracht of een eenzijdige verklaring van trust, oftewel de 'declaration of trust'. Ook deze verklaring van trust vindt plaats op basis van een overdracht van de beoogde trustgoederen, waarbij de insteller die trustee wordt de goederen aan zichzelf overdraagt. De totstandkoming van de Curaçaose trust heeft tot gevolg dat de trustee in zijn hoedanigheid van trustee – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – de rechthebbende wordt van de onder trustverband geplaatste goederen. Behoudens een aantal uitzonderingen is de insteller van de trust als zodanig niet meer bij de trust betrokken.

In het Curaçaose recht kan de trust op twee momenten in het leven worden geroepen. De instelling geschiedt gedurende het leven van de insteller (*inter vivos trust*) , dan wel bij uiterste wilsbeschikking (*testamentaire trust*). Voor de instelling van de Curaçaose trust is te allen tijde – op straffe van nietigheid – een notariële akte vereist. Ook in het Curaçaose trustrecht kan een trust worden ingesteld waarbij direct bij de totstandkoming van de trust aan de begunstigden een aandeel in het trustfonds wordt toegekend (*fixed trust*) of de potentiële begunstigden een blote verwachting en derhalve geen vastgesteld aandeel in het trustfond hebben (*discretionary trust*).

Bij de rechtsgeldige totstandkoming van de Curaçaose trust ontstaat – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – van rechtswege een *goederenrechtelijk* trustverband en wordt daarmee tevens een fiduciaire rechtsverhouding – de trustrechtelijke rechtsverhouding – gecreëerd tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde waaruit diverse rechten, bevoegdheden en verplichtingen voortvloeien. De (potentiële) begunstigde verkrijgt als gevolg van de totstandkoming van de trust een bundel van rechten en rechtsvorderingen ten aanzien van het trustfonds op basis waarvan hij kan zorgdragen dat de trustee de taken en verplichtingen die hij krachtens de trustakte heeft verkregen en die voortkomen uit het Curaçaose trustrecht, uit te voeren.

Verder heeft de Curaçaose trustwetgeving de functie van protector in de wet geïntroduceerd. De protector heeft als taak om toezicht te houden op de trustee(s) in het kader van het beheer van de trust. Op grond van de Curaçaose trustwet mag de protector niet tevens de functie van trustee hebben.

Een belangrijk onderdeel van de het Curaçaose trustrecht behelst de mogelijkheid die de wet geeft aan de insteller om diverse trustrechtelijke bevoegdheden, de zogenoemde 'powers', in het kader van het beheer van de trust aan zichzelf, een trustee, begunstigde of een derde te verlenen. Dit kan op grond van de wet of krachtens het bepaalde in de trustakte. Men denke hierbij

onder andere aan de bevoegdheid tot het wijzigen van de trustakte, de bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde of de bevoegdheid om een trustee of protector te benoemen, te schorsen, te vervangen of te ontslaan.

De Curaçaose wetgever was vooruitstrevend in de invoering van de trust in het Curaçaose rechtssysteem. Echter, er zijn er thans vele haken en ogen aan de huidige Curaçaose trustwetgeving met als gevolg dat de werking van de Curaçaose trust en de toepassing daarvan in de rechtspraktijk worden bemoeilijkt. Zo kan onder meer worden gedacht aan de kwalificatieproblemen in de rechtspraktijk op grond van de huidige definitie van de Curaçaose trust, het ontbreken van een wettelijke basis voor de eenzijdige verklaring van trust ('declaration of trust'), het ontbreken van een erfrechtelijke regeling voor de testamentaire trust en mogelijke benadeling van schuldeisers indien een onderneming of aandeel in een personenvennootschap onder trustverband wordt geplaatst. Ook zijn er thans een aantal tekortkomingen ten aanzien van het terugvorderingsrecht van de begunstigde of de protector, genieten opvolgende verkrijgers te goeder trouw geen bescherming bij een 'breach of trust' en bij tekortkomingen in de bekendmaking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee. Tot op heden zijn de voornoemde onvolkomenheden die de optimale werking van de Curaçaose trust beletten – waaronder de voornoemde onvolkomenheden alsook de andere onvolkomenheden die verder in hoofdstuk 3 uitvoerig worden behandeld – niet door de Curaçaose wetgever hersteld.

Hoofdstuk 4

In het eerste deel van hoofdstuk 4 worden de discussies over de Curaçaose trust die hebben plaatsgevonden in de Curaçaose rechtsliteratuur en de visies van diverse auteurs in dit kader, weergegeven en besproken. Vervolgens worden deze visies onder de loep genomen en afgezet tegen mijn eigen visie.

Gelet op het feit dat de Curaçaose wetgever de huidige tekortkomingen tot heden niet heeft verbeterd c.q. herzien, wordt in het tweede deel van hoofdstuk 4 een aantal oplossingen aangedragen ter verbetering van de werking van de Curaçaose trust in de rechtspraktijk.

Hoofdstuk 5

In hoofdstuk 5 worden de ontwikkelingen ter zake de invoering van de trust, de huidige stand van zaken hiervan en de opties voor de invoering van de trust in Nederland, bediscussieerd. Hierbij worden de belangrijkste argumenten pro en contra die in de Nederlandse rechtsliteratuur en de parlementaire geschiedenis zijn aangevoerd, nogmaals kort uiteengezet.

Bij het debat omtrent de invoering van de trust in Nederland zijn – vanwege het complexe taalgebruik en de woordelijke vertaling uit het Anglo-Amerikaanse (trust)recht – in de Nederlandse rechtsliteratuur en de parlementaire geschiedenis misvattingen de wereld in geholpen die niet hebben bijgedra-

gen aan een beter begrip van de trust. Men denke hierbij onder andere aan de aanduiding van 'tracing' als recht, de classificatie van het recht van de begunstigde als beperkt recht en de aanduiding van dit recht als economische eigendom.

De vraag die in casu centraal staat is in hoeverre de trust in het Nederlandse recht kan worden ingevoerd. Bij de beantwoording van deze vraag dient allereerst het in het Statuut verankerde concordantiebeginsel in acht te worden genomen. Verder kan het Curaçaose trustmodel – echter ná de reparaties op grond van de in hoofdstuk 4 voorgestelde oplossingen – gezien de nagenoeg gelijkluidende wetgeving op het gebied van het burgerlijk recht, als voorbeeld voor Nederland dienen. Immers, men hoeft in dit specifieke geval het wiel niet opnieuw uit te vinden.

Het Nederlandse recht kent – anders dan het Curaçaose recht – thans twee wettelijke beperkingen wat betreft de invoering van de trust, te weten: het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW en de legitieme portie in het erfrecht. Voor beide beperkingen worden oplossingen in de vorm van een aantal wettelijke regelingen voorgesteld, teneinde de problemen ten gevolge van deze beperkingen op te heffen en de weg te plaveien naar de invoering van een toekomstige trustwetgeving in Nederland.

Summary

SPEAKING THE SAME LANGUAGE

The introduction of the Anglo-American trust into the Dutch legal system

This study involves an account of the trust under Anglo-American and Curaçaoan law and the possibilities of introducing the trust into the Dutch legal system.

The following summarises the substantive chapters of this thesis.

Chapter 2

Chapter 2 sets out the trust under Anglo-American law, covering in detail the history and the operation of the trust, in particular the 'private express' trust and the so-called 'powers' under Anglo-American law.

The concept of trusts has developed under Anglo-American law and has its origin in medieval English real property law. Today, trusts are one of the most widely applied devices. It is commonly used as a valuable device in corporate, finance and estate planning practices.

Trusts can be used for different purposes. It is therefore difficult to give a neat definition of the trust. In general, the trust could be best described as follows:

1. a proprietary relationship that is constituted such that a fiduciary relationship arises by operation of law by virtue of:
   a. statute;
   b. an expressed intention of the 'trustor' or 'settlor';
   c. the jurisdiction of the court; or
   d. inferring certain specific circumstances or behaviours;
2. involving the ownership of one or more assets, the so-called 'trust fund';
3. administered by the trustee based on the imposition of an equitable obligation;
4. for the benefit of either a beneficiary or for a specific purpose; and
5. the beneficiary or the person capable of enforcing the trust could exercise rights and have remedies to his disposal against the trustee or a third party in relation to the 'trust fund'.

A trust can be created under different circumstances. As such, trusts could be established by the intention of a settlor (*express trusts*), by statute (*statutory trusts*), or by a wide variety of circumstances or behaviours (*resulting and constructive trusts*).

The most common trust category is the 'private express' trust. The 'private express' trust comes into existence by the settlor – who is the absolute owner of the trust property – either by transferring the legal title of the trust property to another person who is to be the trustee (*transfer in trust*) or by declaring himself to be trustee of the property (*declaration of trust*). The creation of the trust results in the imposition of equitable obligations for the trustee and the duty to administer the trust property for the beneficiaries or for a purpose. After the trust is established, the trustee in his capacity as trustee is the absolute owner of the trust property and the settlor is in principle no longer involved in the trust in his capacity as settlor.

The 'private express' trust can be created at two separate occasions. It can be created during the life of the settlor (*inter vivos trust*), or by disposition of the testator's will (*testamentary trust*). Beneficiaries may have proprietary claims against the trust fund (*fixed trust*) or have a bare expectation until the trustee exercises his discretion (discretionary *trust*). The moment the trust assets are entrusted to the trustee, a *proprietary* trust relationship arises by operation of law and thus also creates a fiduciary relationship between the trustee and a (potential) beneficiary from which various rights, powers and obligations arise. In this context, the trustee acquires a 'legal interest' that relates to his duties and powers regarding the trust property, which implies that he can perform acts that are reserved for the owner of an asset. The beneficiary on the other hand acquires an 'equitable interest', which refers to the beneficiary's right within the trust law to oblige the trustee – who acts as the rightful owner of the trust property – to exercise the rights he has acquired in order to manage the trust fund, in accordance with the duties or obligations arising from the trust law and the terms of the trust deed.

In addition to the creation of the 'private express' trust, trusts can also be established for charitable purposes (*charitable trusts*). Although both the 'private express' trust and the 'charitable' trust fall into the category of 'express trust' and have many similarities, the 'charitable' trust – unlike the 'private express' trust – has no beneficiaries and is public in nature.

Finally, the so-called 'powers', which are fundamental to the Anglo-American trust law (and constitute a very underexposed topic in the Dutch legal literature), play an important role in the creation of the trust. Powers in trust law can be described as granted discretionary powers that extend to acts of management and disposition in respect of the trust assets. Like the trust, powers can be divided into various categories. These include discretionary powers granted to perform acts of management with respect to the trust assets (*administrative powers*) or discretionary powers granted in order to perform acts of disposition (*dispositive powers*). The most common 'dispositive' power

is the so-called 'power of appointment', whereby the transferee obtains a discretionary power to appoint persons who become beneficiaries of an asset to which the power relates. The 'discretionary' trust under Anglo-American law is an example of a combination of an 'express' trust with a special 'power of appointment', where the trustee is granted a discretionary power to designate beneficiaries chosen from a group of potential beneficiaries compiled by the settlor.

Chapter 3

Chapter 3 reviews the trust under Curaçaoan law, first setting out the background of the constitutional structure within the Dutch Kingdom and Curaçaoan civil law in general. It then discusses the operation of the Curaçaoan trust and the fundamental problems currently impeding it.

Curaçao is the first country within the Dutch Kingdom to introduce the trust (under the Landsverordening Trust) in its Civil Code (Title 3.6 BWC) as of 1 January 2012. Curaçaoan trust law is based in principle on Anglo-American law and is partly inspired by the Hague Trust Convention and the 'European Principles of Trust Law'.

Like the Anglo-American trust, the Curaçaoan trust has many applications in practice. For the definition of the trust in Curaçaoan law, the Curaçaoan legislator has followed Article 2 of the Hague Trust Convention and describes the trust as:

> "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."

Unlike the Anglo-American trust, the Curaçaoan legislator have only chosen for the introduction of the 'express' trust. The reason for this is that – unlike the other trust categories in Anglo-American law – the 'express' trust is better suited to a continental legal system.

Under Curaçaoan trust law, the trust may be constituted for the benefit of a number of (potential) beneficiaries, or for a specific purpose. Like the Anglo-American trust, the trust is constituted by the settlor – who under Curaçaoan trust law is also the absolute owner of the trust property – either by transferring the legal title of the trust property to another person who is to be the trustee (*transfer in trust*) or by declaring himself to be trustee of the property (*declaration of trust*).

Under Curaçaoan law, trusts can also be established at two separate occasions. It can be created during the life of the settlor (*inter vivos trust*), or by disposition of the testator's will (*testamentary trust*). Beneficiaries may immediately upon creation of the trust have proprietary claims against the trust

fund (*fixed trust*) or have a bare expectation and therefore no fixed share in the trust fund (discretionary *trust*).

Upon the valid creation of the Curaçaoan trust – as in Anglo-American law – a *proprietary* trust relationship arises by operation of law and thus also creates a fiduciary relationship between the trustee and the (potential) beneficiary from which various rights, powers and obligations arise. As a result of the creation of the trust, the (potential) beneficiary acquires a bundle of rights and legal claims vis-à-vis the trust fund on the basis of which they can ensure that the trustee performs the duties and obligations he has acquired from the trust deed and which arise under Curaçaoan trust law.

Furthermore, the legislature has introduced the role of protector into the Curaçaoan trust law. The protector's role is to supervise the trustee(s) in the management of the trust. Under the Curaçaoan trust law, the protector may not also hold the position of trustee.

An important element of Curaçaoan trust law involves the possibility given by law to the settlor to grant various powers to himself, a trustee, beneficiary or a third party in the administration of the trust. This can be done under the law or pursuant to the provisions of the trust deed. Examples include the power to amend the trust deed, the power to appoint a beneficiary or the power to appoint, suspend, replace or dismiss a trustee or a protector.

The Curaçaoan legislature was progressive in introducing the trust into the Curaçaoan legal system. However, there are currently many bottlenecks in the current Curaçaoan trust legislation with the result that the operation of the Curaçaoan trust and its application in legal practice are hampered. These include qualification problems based on the current definition of the Curaçaoan trust, the absence of a legal basis for the declaration of trust, the lack of provisions in the law of succession regarding the testamentary trust and possible disadvantage to creditors if an enterprise or share in a partnership is placed in a trust. There are also currently a number of shortcomings regarding the beneficiary's or protector's proprietary claim in the event of a breach of trust, the lack of protection of successive bona fide purchasers in the event of a 'breach of trust', as well as shortcomings in the disclosure of the trustee's power of disposition. To date, the aforementioned deficiencies preventing the optimal functioning of the Curaçaoan trust – including also other deficiencies discussed in detail further in Chapter 3 – have not been remedied by the Curaçaoan legislature.

Chapter 4

The first part of Chapter 4 presents and reviews the discussions about the Curaçaoan trust that have taken place in the Curaçaoan legal literature as well as the views of various authors on this topic. These views are then scrutinised and contrasted with my own.

Given the fact that the Curaçaoan legislator has not improved or revised the current shortcomings to date, the second part of chapter 4 presents a number of practical solutions to improve the operation of the Curaçaoan trust in legal practice.

Chapter 5

Chapter 5 discusses developments regarding the introduction of trusts, their current status and options for the introduction of trusts in the Netherlands. Here, the main arguments for and against the introduction of trusts, as presented in Dutch legal literature and explanatory notes, are briefly outlined once more.

Due to the complex language and verbatim translation from Anglo-American (trust) law – Dutch legal literature and explanatory notes have introduced misconceptions in the debate about the introduction of the trust in the Netherlands, which have not contributed to a better understanding of the trust. Examples include the designation of 'tracing' as a right, the classification of the beneficiary's right as a limited property right and the designation of this very right as economic ownership.

The question at hand is to what extent the trust can be introduced into the Dutch legal system. In answering this question, the principle of 'concordantie' entrenched in the Statute of the Dutch Kingdom is taken into account first. Then, the Curaçaoan trust model – after the repairs based on the solutions proposed in chapter 4 – may serve as an example format for the Dutch law, since Curaçao has an almost identical civil law legislation to the Netherlands. After all, there is no need to reinvent the wheel in this particular case.

Dutch law – unlike Curaçaoan law – currently has two statutory restrictions, the fiduciary prohibition under Art. 3:84(3) of the Civil Code and the forced heirship provision in law of succession. Here, solutions in the form of several statutory regulations are proposed for both restrictions in order to remove roadblocks and pave the way for the introduction of a future trust law in the Netherlands.

Literatuur

Boeken

Aertsen 2004
D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

Alexander 1983
M.L. Alexander, 'Kanttekeningen inzake drie wetsontwerpen tot invoering van de common law trust in de Nederlandse Antillen' in: W. Breemhaar & T.R. Hidma (red.), *Samenleven. Samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983.

Arai 2013
M. Arai, 'Trust law in Japan: inspiring changes in Asia, 1922 and 2006' in: L. Ho & R. Lee (red.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions: A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Baker 2003
J.H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England Volume VI: 1483-1558*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Baker 2013
J.H. Baker, *Collected papers on English Legal History*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Barlow e.a. 2014
R.F.D. Barlow e.a., *Williams on Wills*, London: LexisNexis 2021.

Bartels & Van Mierlo 2013
S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Bartels & Van Mierlo 2021
S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Bell 2011
J. Bell, 'Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law', in: M. Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research: What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 164 e.v.

Bell 2013
J. Bell, 'Sources of law', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Bierens 2009
B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld. Enkele beschouwingen over geld, vermogensovergang en verhaalsregulering in de context van het girale betalingsverkeer* (Recht en Praktijk, nr. FR3), Deventer: Kluwer 2009.
Birks 2005
P. Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press 2005.
Boer 2011
J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting: een kwalificatiemodel, knelpuntenanalyse en oplossingsrichting voor de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts in de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
De Boer 2019
J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019.
Van Boeschoten & Vriesendorp 1994
C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.
Borman 2012
C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012.
Bridge, Cooke & Dixon 2019
S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019.
Van der Burght, Ebben & Kremer 2003
G. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 4, Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Cam 1957
H.M. Cam, *Selected Historical Essays of Frederic William Maitland*, Boston: Beacon Press 1957.
Chambers 2002
R. Chambers, 'Liability', in: P. Birks & A. Pretto (red), *Breach of Trust*, London: Hart Publishing 2002.
Cleveringa e.a. 1955
R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Derde Deel, Verbintenissenrecht* (Meijers-Bundel), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955.

Dalhuizen e.a. 2009
L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009.
Davies & Virgo 2019
P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019.
Digby 1897
K.E. Digby, *Introduction to the History of the Law of Real Property with Original Authorities*, Oxford: Clarendon Press 1897.

Faber 1996
N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Farwell 1916
G. Farwell, *A Concise of Treatise on Powers* (3 Ed.), London: Stevens & Sons Limited 1916.
Fesevur 2017
J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Monografieën BW nr. B13)*, Deventer: Kluwer 2017.

Gardner 2011
S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011.
Gilissen 2012
G.D.L.M. Gilissen, *De express private trust, Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.
Gilissen 2013
G. Gilissen, *Inleiding tot de express private trust*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013.
Glister & Lee 2018
J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021.
Graziadei 2017
M. Graziadei, 'The Structure of Property Ownership and the Common Law/Civil Law Divide', in: M. Graziadei & L.D. Smith, *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017.
Graziadei, Mattei & Smith 2005
M. Graziadei, U. Mattei & L. Smith, 'A short note on terminology', in: M. Graziadei, U. Mattei & L. Smith (red.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 45-55.
Gretton 2001
G.L. Gretton, 'Constructive Trusts and Insolvency', in: J.M. Milo & J.M. Smits, *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

De Haan 2005
J.P. de Haan, 'Vreemd recht. Enkele opmerkingen over Nederlands-Antilliaans recht n.a.v. het 50-jarig bestaan van het concordantiebeginsel', in: A.C. van Romondt e.a. (red.), *Gedenkboek 50 jaar Statuut*, Zutphen: Walburg Pers 2005.
Halsbury's Laws of England Editorial Team 2020
Halsbury's Laws of England Editorial Team, *Halsbury's Laws of England. Perpetuities and Accumulations* (volume 80), London: LexisNexis 2020.
Hammerstein 1977
A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1977.

Hayton 1996a
D.J. Hayton, 'Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Hayton 1996b
D.J. Hayton, 'The Irreducible Core Content of Trusteeship', in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1996.

Hayton, Kortmann & Verhagen 1999
D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Den Haag: Deventer: Kluwer Law International; W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Hayton 2002a
D.J. Hayton, 'Introductory Overview and Comment', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 1-2.

Hayton 2002b
D.J. Hayton, 'English Trusts and their Commercial Counterparts in Contintental Europe', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.

Hayton 2002c
D.J. Hayton, 'Developing the Obligation Characteristic of the Trust', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.

Hayton 2011
D.J. Hayton (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011.

Henderson, Fowles & Smith 2015
W. Henderson, J. Fowles & J. Smith, *Tudor on Charities*, London: Sweet & Maxwell 2015.

Heyman 2019
H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties*, Bju 2019.

Hijma & Olthof 2020
Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Ho 2010
L. Ho, 'Trustees' duties to provide information', in: E. Bant & M. Harding, *Exploring Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Ho 2013
L. Ho, 'Trusts: The essentials', in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Ho 2018
L. Ho, ''Breaking Bad'. Settlor's reserved powers' in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

Honoré 2003
A.M. Honoré, 'Trusts: The Inessentials', in: J. Getzler, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London: LexisNexis 2003.

Hoppenreijs & Vriesendorp 2020
R. Th. R. Hoppenreijs & R.D. Vriesendorp, 'De fiscaal- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland: eenheid of verscheidenheid?', in: P.H. J. Essers e.a.(red.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht: Opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht*, Den Haag: Bju 2000.

Hudson, McFarlane & Mitchell 2022
J. Hudson, B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton, McFarlane and Mitchell: Text, Cases and Materials on Equity and Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2022.

Huijgen 1995
W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Huijgen 2020
W.G. Huijgen, 'Focus op economische eigendom anno 2020', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluitertijd: reflectief op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Kluwer 2020.

Husa 2011
J. Husa, 'Comparative Law, Legal Linguistics and Methodology of Legal Doctrine', in: M. Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research: What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 209-228.

Ibbetson, Jones & Ramsey 2019
D. Ibbetson, N. Jones & N. Ramsay, *English Legal History and its Sources: Essays in Honour of Sir John Baker*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

Joppe 1992
I.S. Joppe, 'Iets over het Erfrechtverdrag en het Trustverdrag' in: E. Hondius e.a.(red.), *Quod Licet: Kleijn-Bundel?: bundel aangeboden aan prof. mr. W.M. Kleijn ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar burgerlijk recht en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden op 21 februari 1992*. Deventer: Kluwer 1992.

Kerridge 2016
R. Kerridge m.m.v. A.H.R. Brierley, *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell 2016.

King 2021
L. King, *Halsbury's Laws of England. Wills & Intestacy* (volumes 102,103), London: LexisNexis 2021.

Koppenol-Laforce 1997
M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997.

Koppenol-Laforce & Sonneveldt 1999
M.E. Koppenol-Laforce & F. Sonneveldt, *De inpassing van de family trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht* (Geschriften van de Vereeniging voor Belastingwetenschap 1999), Deventer: Kluwer 1999.

Kortmann 1996
S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Kortmann, Faber & Biemans 2009
S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.W.A.B. Biemans, 'National Report for The Netherlands', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer: Kluwer 2009.
Kramer & Verhagen 2022
X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Lau 2011
M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011.
Learmonth e.a. 2018
A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018.
De Leeuw 2020
A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020.
Liew 2020
Y.K. Liew, *Rationalising Constructive Trusts*, Oxford: Hart Publishing 2020.
Lokin 2007
J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt, *Fiduciaire verhoudingen, Libellus amicorum prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Onderneming en Recht deel 41), Deventer: Kluwer 2007.
Loof 2016
W. Loof, *Of Trustees and Beneficial Owners: An inquiry into the proprietary aspects of trusts and trust-like devices from a European Private Law perspective*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2016.
Lupoi 2000
M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

Maitland 1907
F.W. Maitland e.a., *Select essays in Anglo-American legal history* (Association of American Law School), Boston: Little, Brown and Company 1907.
Maitland 1947
F.W. Maitland (revised by A.H. Chaytor & W.J. Whittaker), *Equity: A Course of Lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1947.
Martin 2016
J. Martin, *The English legal system*, London: Hodder Education Group 2016.
Mathey-Bal 2016
P.P.D. Mathey-Bal, *De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 97) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2016.

Matthews 2002
P. Matthews, 'From Obligation to Property, And Back Again?', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.
Matthews e.a. 2022
P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022.
McBride 2000
N. McBride, 'On the classification of trusts', in: P. Birks & F.D. Rose, *Restitution and Equity*, Mansfield Press 2000, p. 23-38.
McFarlane & Mitchell 2015
B. McFarlane & C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015.
McGhee & Elliot 2020
J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020.
Meijers 1948
E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.
Meijers 1954/1955
E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*. 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf, 1954/1955.
Melis/Waaijer 2019
J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2019.
Mellema, in: GS *Verbintenissenrecht*
T.J. Mellema-Kranenburg, 'commentaar op art. 6:159 BW', in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer.
Van Mens 1985
K.L.H. Van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1985.
Van Mierlo & Krzeminski 2020
A.I.M. van Mierlo & K.J. Krzeminski, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.
Mitchell, Matthews & Hayton 2016
C.C.J Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016.
Mitchell, Mitchell & Watterson 2016
C. Mitchell, P. Mitchell & S. Watterson, *Goff and Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016.
Mourik 2003
M.J.A. van Mourik, 'Inbreng', in: G. van Solinge e.a., *Personenvennootschappen* (Preadvies Vereeniging Handelsrecht 2003), Deventer: Kluwer 2003.
Mourik e.a. 2020
M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020.

Murray 2006
M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
Murray 2016
M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek* (deel 1), Den Haag: Bju 2016.

Nap 2003
M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003.
Newsweek 1984
'Speaking the same language', *Newsweek* (International, Atlantic Edition) 2 april 1984, Volume 103, Issue 14.
Nolan 2018
R. Nolan, 'Trustees and Third-Party Powers', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge Uiversity Press 2018.

Oderkerk 1999
A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 61-88.
Van Olffen 2022
M. van Olffen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2022.
Ollikainen 2018
A. Ollikainen, *Asset Partitioning in the Trust* (diss. Oxford), Michigan: ProQuest Dissertations Punlishing 2018.
Von Overbeck 1985
A.E. von Overbeck, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention*, HCCH Publications 1985.

Penner 2019
J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019.
Penner 2022
J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022.
Perrick 2021
S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
Pettit 2012
P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2012.
Picarda 2010
H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex: Bloomsbury Professional 2010.
Plucknett 1956
T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company 1956.

Pollock & Maitland 1898
F. Pollock & F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (Volume II), Cambridge: Cambridge University Press 1898.
Pound 1939
R. Pound, *The History and System of the Common Law*, New York: P.F. Collier & Son Corporation 1939.
Pozzo 2013
B. Pozzo, 'Comparative law and language', in: M. Bussani & U. Mattei (red.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 88 e.v.

Reehuis 2010
W.H.M. Reehuis *Overdracht (Monografieën BW nr. B6a.)*, Deventer: Kluwer 2010.
Reehuis e.a. 2019
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019.
Reehuis & Verheul 2022
W.H.M. Reehuis & E.F. Verheul, *Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid (Monografieën BW nr. B6d)*, Deventer: Kluwer 2022.
Reid 2011
K.G.C. Reid, 'Patrymony not Equity: the Trust in Scotland', in: J.M. Milo & J.M. Smits, *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
Rensen 2022
G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2022.
Riddall 2002
J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2002.
Van Rijn 2019
A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019.
Roelofs 2011
E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011.
Rogier 2018
L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018.
Van Romondt 2005
A.C. van Romondt e.a. (red.), *Gedenkboek 50 jaar Statuut*, Zutphen: Walburg Pers 2005.
Rongen 1996
M.H.E. Rongen, 'De strekking van het fiduciaverbod, in het bijzonder in verband met financiering op basis van vorderingen' in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Rongen 2012
M.H.E. Rongen, *Cessie (Onderneming en recht nr. 70)*, Deventer: Kluwer 2012.

Roosegaarde Bisschop en Te Winkel 1927
W. Roosegaarde Bisschop & D. Te Winkel, *Praeadviezen over de trustee en het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante voorh. A.D. Schinkel 1927.
Ross Martyn e.a. 2021
J.G. Ross Martyn e.a., *Theobald on Wills*, London: Sweet & Maxwell 2021.

Saleh 2006
J.M. Saleh, *50 jaar Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden: in vrijheid en verscheidenheid verbonden of tot elkaar veroordeeld* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2006.
Salomons & Van 't Westeinde 2008
A.F. Salomons & M.G. van 't Westeinde, 'Het fiduciaverbod is nog altijd geen dode letter. Naschrift bij reactie van R.M. Wibier', *WPNR* 2008/6769.
Schelhaas & Valk 2016
H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandeling (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Parijs 2016.
Schuijling 2016
B. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016.
Sieburgh 2018
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018.
Sieburgh 2019
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2019.
Sieburgh 2020
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2020.
Sieburgh 2021
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
Simpson 1986
A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford: Clarendon Press 1986.
Smith 1997
L.D. Smith, *The law of tracing*, Oxford: Clarendon Press 1997.
Smith 2004
L.D. Smith, 'Understanding the power' in: W. Swadling (red.), *The Quistclose Trust: Critical Essays*, Oxford: Hart Publishing 2004.
Smith 2009
L.D. Smith, 'Philosophical Foundations of Proprietary Remedies', in: R. Chambers, C. Mitchell & J. Penner (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Smith 2016
L.D. Smith, 'What is left of the non-delegation principle?', in: B. Häcker & C. Mitchell (red.), *Current Issues in Succession Law*, Oxford: Hart Publishing 2016.
Smith 2020
L.D. Smith, 'Equity is not a single thing', in: D. Klimchuk, I. Samet & H.E. Smith (red.), *Philosophical foundations of the law of Equity*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 144-167.
Van Solinge & Nieuwe Weme 2019
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak & T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2019.
Sonneveldt 2000
F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss. Utrecht), Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële uitgevers 2000.
Spath 2010
J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.
Spierings 2016
C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling (Onderneming en recht nr. 89)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
Stein, in: *GS Vermogensrecht*
P.A. Stein, 'GS Vermogensrecht, art. 3:6 BW, aant. 14', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer.
Stolker, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* 2021
C.J.J.M. Stolker, 'commentaar op art. 5:2 BW', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Kluwer 2021.
Van Straaten 2005
J.C. van Straaten, *Parlementaire geschiedenis van de totstandkoming en invoering van titel 7.3 BW: schenking: civiel en fiscaal*, Amersfoort: Sdu 2005.
Strikwerda & Schaafsma 2019
L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019.
Struycken 2007
T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.
Struycken, in: *GS Vermogensrecht*
T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, 'art. 3:84 BW, aantt. 3.1 t/m 3.10', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer.
Sugden 1845
E.B. Sugden, *A Practical Treatise of Powers* (Vol. 1), London: S. Sweet 1845.
Swadling 2013
W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Thomas & Hudson 2010
Thomas & A. Hudson, *The Law of Trust*, Oxford: Oxford University Press 2010.
Thomas 2012
G.W. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Thompson 1916
G. Thompson, *Law of Wills*, Indianapolis: Bobbs Merrill 1916.
Tucker, Le Poidevin & Brightwell 2020
L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020.
Turner 2018
P.G. Turner, 'The Entitlements of Objects as Defining Features of Discretionary Trusts', in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

Uniken Venema 1954
C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind: rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallelfiguren in het Nederlandse recht* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1954.
Uniken Venema 1990
C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
Uniken Venema & Eisma 1990
C.Æ. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, (Praeadviezen voor de 'Vereeniging Handelsrecht' 1990), Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

Vanenburgt & Kattouw 2002
S. Vanenburgt & A. Kattouw, *Het Nieuw Fiscaal Raamwerk op de Nederlandse Antillen – De Antillen als nieuwe vestigingsplaats voor de internationale financiële dienstensector*, Deventer: Kluwer 2002.
Van Velten 2018
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018.
Verhagen 1996
H.L.E. Verhagen, 'Het Haagse Trustverdrag', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Verton & Ter Hoeven 1977
P.C Verton & P.J.A. Ter Hoeven, *Politieke dynamiek en dekolonisatie: de Nederlandse Antillen tussen autonomie en onafhankelijkheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1977.
Virgo 2020
G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020.

Walder 2021
A. Walder, *Halsbury's Laws of England. Lien* (volume 68), London: LexisNexis 2021.
Waters 1995
D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 1995.

Waters 1996
D. Waters,' The Protector: New wine in Old Bottles', in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1996.
Waters 2002
D. Waters, 'Reaching for the Sky: Taking Trust Laws to the Limit', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.
Wibier 2013
R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.
Wilson 2015
S. Wilson, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts,* Oxford: Oxford University Press 2015.
Wilson 2019
R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019.
Wu 2010
Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010.
Wu 2013
Y.C. Wu, 'Trust Law in South Korea: developments and challenges' in: L. Ho & R. Lee (red.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions: A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981a
C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.
Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981b
C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.
Van Zeben, Reehuis & Slob 1990
C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.
Zwalve 2008a
W.J. Zwalve, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008.
Zwalve 2008b
W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Bju 2008.
Zweigert & Kötz 1998
K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 33-47.

Artikelen

Agnew & Douglas 2019
S. Agnew & P. Douglas, 'Self-declarations of Trust', *Law Quarterly Review* 2019/135.
Ausness 2010
R.C. Ausness, 'The role of Trust Protector in American Trust Law', *Real Property, Trust and Estate Law Journal* 2010/45.

Bakker 2016
P.S. Bakker, 'Enige beschouwingen over trustakten naar Curaçaos recht en de uitleg daarvan', *CJB* 2016/3.
Bant 2009
E. Bant, 'Trusts, powers and liens: An exercise in ground clearing', *Journal of Equity* 2009/3.
Bant & Bryan 2011
E. Bant & M. Bryan, 'Constructive trusts and equitable proprietary relief: Re-thinking the essentials', *Journal of Equity* 2011/5, p. 171-198.
Bergervoet & Frielink 2012
M. Bergervoet & K. Frielink, 'Reactie op het artikel van notaris Burgers', *CJB* 2012/2.
Bergervoet & Mansur 2012a
M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926.
Bergervoet & Mansur 2012b
M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur, 'Naschrift', *WPNR* 2012/6932.
Biemans 2011
J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71.
De Boer 2012a
J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926.
De Boer 2012b
J. de Boer, *Inleiding Curaçaose trust*, (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012)
Burgers 2012
H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932.
Burgers 2012
H.Th.M. Burgers, 'Welkom Trust!', *CJB* 2012/2.
Burgers 2018
H.Th.M Burgers, 'De erkenning van de Curaçaose trust in het Nederlandse recht', *WPNR* 2018/7206, p. 678-680.
Burns 2002
F.R. Burns, 'The Equitable lien Rediscovered: A remedy fort he 21st Century', *University of New South Wales Law Journal* 2002/25.

Dainow 1967
J. Dainow, 'The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison', *American Journal of Comparative Law* 1967/15, p. 419-435.
Dawson 2006
I. Dawson, 'The rule against inalienability – a rule without a purpose?', *Legal Studies* 2006/3.
Duin 2021a
H.M.C. Duin, 'Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme', *KWEP* 2021/9.
Duin 2021b
H.M.C. Duin, Civielrechtelijke kwalificatie van de inbrenghandeling van vermogen in een Privatstiftung', *WPNR* 2021/7324.

Edelman 2010
J. Edelman, 'When do fiduciary duties arise?', *Law Quarterly Review* 2010/126.
Etherton 2008
T. Etherton, 'Constructive Trusts: A New Model for Equity and Unjust Enrichment', *Cambridge Law Journal* 2008/67, p. 265-287.

Filesia 2018a
K.R. Filesia, 'De Curaçaose trust in het Nederlandse recht', *WPNR* 2018/7191, p. 355-358.
Filesia 2018b
K.R. Filesia, 'Naschrift', *WPNR* 2018/7206, p. 680-682.
Filesia & Zaman 2020a
K.R. Filesia & D.F.M.M. Zaman, 'Het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies (I)', *WPNR* 2020/7295, p. 625-632.
Filesia & Zaman 2020b
K.R. Filesia & D.F.M.M. Zaman, 'Het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies (II, slot)', *WPNR* 2020/7296, p. 646-656.
Frielink 2012
K. Frielink, 'Rol en aansprakelijkheid van de trustee', *CJB* 2012/4.
Frolik 2015
L.A. Frolik, 'Trust Protectors: Why they have become "the next big thing"', *Real Property, Trust and Estate Law Journal* 2015/50.

De Groot & Salomons 2011
S. De Groot & A.F. Salomons, 'Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR', *AA* 2011/5.
Gordon 1953
D.M. Gordon, 'Delegation of Will-making Power', *Law Quarterly Review* 1953/3.
Gretton 2000
G.L. Gretton, Trusts without Equity', *International and Comparative Law Quarterly* 2000/49.

De Haan 2011
J.P. de Haan, 'De overgangswetgeving en de geldende wetgeving van Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden in verband met de opheffing van de Nederlandse Antillen', *WPNR* 2011/6898.
Hardingham 1974
I.J. Hardingham, 'The Rule against delegation of will-making power', *Melbourne University Law Review* 1974/9.
Heyman 1994
H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod: in het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119.
Van Hoepen 2014
A.J. van Hoepen, 'Never trust a trust. Het verhaal van de treurige legitimaris', *WPNR* 2014/7008.
Honoré 2008
A.M. Honoré, 'On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions', *Oxford Legal Studies Research Paper* 2008/27.

Janssen 2015
J.F.M. Janssen, 'Revival van de zekerheidsoverdracht?', *WPNR* 2005/6610, p. 133-143.

Kleijn 1994
W.M. Kleijn, 'Conversie voor alle zekerheid: De reikwijdte van het fiducia-verbod', *WPNR* 1994/6119.
Koppenol-Laforce 2009
M.E. Koppenol-Laforce, 'De ongehoorzame trustee', *WPNR* 2009/6807.
Kortmann 1994
S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1994/6119.
Kortmann 2010
S.C.J.J. Kortmann, 'Werkelijke overdracht… een met een fiduciair karakter', *GROM* 2010/27.63, p. 63-72.
Kunneman 1999
F.B.M. Kunneman, 'De rechtspositie van de fiduciair gerechtigde naar nieuw Nederlands-Antilliaans burgerlijk recht', *WPNR* 1999/6356.

Liew & Mitchell 2017
Y.K. Liew & C. Mitchell, 'The creation of express trusts', *Journal of Equity* 2017/11.
Loof 2014
W. Loof, 'Reactie op 'Never trust a trust" van A.J. van Hoepen in WPNR (2014) 7008', *WPNR* 2014/7028.
Loof 2019
W. Loof, 'Een analyse van eigendomsverhoudingen in trusts en trustachtige figuren', *AA* 2019/9.
Lupoi 2009
M. Lupoi, 'Trust and confidence', *Law Quarterly Review* 2009/125.

Matthews 2006
P. Matthews, 'The comparative importance of the rule in Saunders v. Vautier', *Law Quarterly Review* 2006/122, p. 266-294.
McFarlane & Stevens 2010
B. McFarlane & R. Stevens, 'The Nature of Equitable Property', *Journal of Equity* 2010/4.
McKenzie 2007
C. McKenzie, 'Having and eating the cake: a global survey of settlor reserved power trusts: Part 1', *Private Client Business* 2007/5.
Meijers 1927
E.M. Meijers, 'De Trustee en het Burgerlijk Recht, *WPNR* 1927/2998.
Mellema-Kranenburg 2004
T.J. Mellema-Kranenburg, 'De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?', *TE* 2004/03.
Merryman 1974
J.H. Merryman, 'Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)', *Tulane Law Review* 1974/48, p. 916-917.
Mitchell 1999
C. Mitchell, 'Disclosure of Trust Information to Discretionary Beneficiaries', *Law Quarterly Review* 1999/115.

Nieuwesteeg 2019
W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Het fiduciaverbod en de beschermingsgedachte: miskend, ontkend of vergeten?', *AA* 2020/2, p. 169-178.
Nolan 2006
R. Nolan, 'Understanding the limits of equitable property', *Journal of Equity* 2006/1.

Popovici 2016
A. Popovici, 'Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?', *European Review of Private Law* 2016/6.

Salah 2013
O. Salah, 'Het fiduciaverbod nieuw leven ingeblazen?', *MvV* 2013/5, p. 138-146.
Scott 1944
A.W. Scott, 'The effects of a power to revoke a trust', *Harvard Law Review* 1944/57.
Smith 2008
L.D. Smith, 'Trust and Patrimony', *Revue Générale de Droit* 2008/38.
Smith 2013
L.D. Smith, 'Execution against a power of revocation', *Law Quarterly Review* 2013/129.
Stein 1992
P.G. Stein, 'Roman law, Common law and Civil law', *Tulane Law Review* 1992/66, p. 1594-1602.
Swadling 2008
W. Swadling, ' Explaining Resulting Trusts', *Law Quarterly Review* 2008/124, p. 72-102.

Swadling 2011
W. Swadling, 'The Fiction of the Constructive Trust', *Current Legal Problems* 2011/64, p. 399-433.
Swadling 2012
W. Swadling, 'Constructive trusts and breach of fiduciary', *Trusts & Trustees* 2012/18, p. 985-999.
Swadling 2016
W. Swadling, 'Trusts and Ownership: A Common Law Perspective', *European Review of Private Law* 2016/6.

Tey 2012
T. H. Tey, 'Trustee's Duty of Disclosure', *Singapore Academy of Law Journal* 2012/24, p. 191-222.
Thesseling 1999
J.W.M. Thesseling, 'De Antilliaanse Trust', *WPNR* 1999/6356.

Uniken Venema 1985
C.Æ. Uniken Venema, 'Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht', *WPNR* 1985/5728.
Uniken Venema 1993
C.Æ. Uniken Venema, 'Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene "externe werking" van Anglo-Amerikaanse trusts (II)', *WPNR* 1993/6093.

Vegter 1995a
J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële sale – lease back (I), *WPNR* 1995/6190.
Vegter 1995b
J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële sale – lease back (II, slot)', *WPNR* 1995/6191.
Vegter 2012
J.B. Vegter, 'Over het belang van de Curaçaose Trust voor de "estate planning" van Nederlandse particulieren', *WPNR* 2012/6946.

Waters 1967
D.W.M. Waters, 'The Nature of the Trust Beneficiary's Interest', *The Canadian Bar Review* 1967/45.
Waters 2012
D. Waters, 'The power in a trust instrument to add and delete beneficiaries', *Estates, Trusts & Pensions Journal* 2012/31.
Waters 2013
D. Waters, 'Does the rule in Saunders V. Vautier include the power of beneficiaries to vary the terms of the trust?', *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2013/33.
Wu 2015
Y.C. Wu, 'East-Asian Trusts at the Crossroads', *National Taiwan University Law Review* 2015/10.

Wu 2018
Y.C. Wu, 'Constructive trusts in the civil law tradition', *Journal of Equity* 2018/12, p. 319-343.

Zwalve 2015
W.J. Zwalve, ''You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4.

Parlementaire stukken

· *Kamerstukken II* 1991/92, 17779, 13
· *Kamerstukken II* 1992/93, 23027, 3
· *Kamerstukken II*, 1993/94, 23706, 3
· *Kamerstukken II* 1998/99, 17213, 4
· *Kamerstukken II* 2006/07, 30876, 3
· *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3
· Landsbesluit strekkende tot wijziging Handelsregisterbesluit 2009, *Publicatieblad* 2019, nr. 36. (Curaçao)
· Landsbesluit van de 7de augustus 2014, houdende vaststelling van de geconsolideerde tekst van de Landsverordening op het Notarisambt, *Publicatieblad* 2014, nr. 76. (Curaçao)
· Landsverordening erfrecht en schenking, *Publicatieblad* 2011, nr. 68. (Curaçao)
· Landsverordening toezicht trustwezen, *Publicatieblad* 2003, nr. 114. (Curaçao)
· Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67. (Curaçao)
· Landsverordening nadere wijziging Boek 2 BW, *Publicatieblad* 2020, nr. 163. (Curaçao)
· Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114. (Curaçao)
· Landsverordening trust, *Afkondigingsblad* 2014, nr. 7. (Sint Maarten)
· Landsverordening van 23 september 2016 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100) in verband met een aantal onderwerpen die nog een regeling of aanpassing in het Burgerlijk Wetboek van Aruba behoeven (aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba), *Afkondigingsblad van Aruba* 2016, nr. 51 (Aruba)
· Landsbesluit van 2 juni 2021 no. 1, houdende inwerkingtreding van de Aanpassingsverordening aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 2021 no. 43) en de Landsverordening van 23 september 2016 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100) in verband met een aantal onderwerpen die nog een regeling of aanpassing in het Burgerlijk Wetboek van Aruba behoeven (AB 2016 no. 51), *Afkondigingdblad van Aruba* 2021, nr. 90, (Aruba)
· *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6. (Curaçao)
· *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3. (Curaçao)
· Landsverordening nadere wijziging Boek 2 BW, *Publicatieblad* 2020, nr. 163 (Curaçao)
· MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67. (Curaçao)
· Landsverordening erfrecht en schenking, *Publicatieblad* 2011, nr. 68. (Curaçao)
· Overdrachtsbelastingverordening 1908, *Publicatieblad* 1908, nr. 49. (Curaçao)
· The Law Commission, Item 7 of the Sixth Programme of the Law Reform: The Law of Trusts, 1998 (Engeland)

Adviezen en memo's

· Advies van de Raad van Advies ter zake van de Landsverordening trust van 24 oktober 2001 (RvA no. RA/060-01)
· advies van de Raad van Advies ter zake van de Landsverordening trust van 10 februari 2010 (RvA no. RA/42-09-LV)
· *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011

Websites

· https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/000066#Koninkrijk

Jurisprudentie

Nederland

- HR 28 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:153, *NJ* 1959/171, m.nt. Schuttevâer
- HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42, m.nt. G. J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*)
- HR 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5095, *NJ* 1972/136, m.nt. E.A.A. Luijten
- HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*)
- HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, *NJ* 1996/627, m.nt. W.M. Kleijn (*Tilburgse Hypotheekbank I*)
- HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, *NJ* 1996/628, m.nt. W.M. Kleijn (*Tilburgse Hypotheekbank II*)
- HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, *NJ* 1996/629, m.nt. W.M. Kleijn (*Tilburgse Hypotheekbank III*)
- HR 15 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996/119 (*Keereweer q.q./Sogelease*)
- HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, *BNB* 1999/35, ECLI:NL:HR:1998:AA2566, *BNB* 1999/36 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, *BNB* 1999/37, mn.t. J.W. Zwemmer (*Trustarresten*)
- HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, *NJ* 2004/316, m.nt. P.A. Stein (*Vagobel/Geldnet*)
- HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8241, *NJ* 2006/151 (*BTL Lease/Van Summeren*)
- HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*)
- HR 21 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1849, *NJ* 2008/297, mn.t. J.M.M. Maeijer
- HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:92, *NJ* 2014/223, mn.t. S. Perrick
- HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*)
- HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot)
- HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*)
- HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1589, *NJ* 2020/380

Buitenland

- *Morice v Bishop of Durham* [1805] 10 Ves 522
- *Knight v Knight* [1840] 3 Beav 148
- *Milroy v Lord* [1852] 4 De GF &J 264
- *Hill v Tupper* [1863] 2 H & C 121
- *In re Hallett's Estate* [1880] 13 Ch.D. 696

· *King v David Allen (Billposting) Ltd* [1916] 2 AC 54
· *Clore v Theatrical Properties Ltd* [1936] 3 All ER 483
· *Re Astor's Settlement* [1952] Ch 534
· *Re King's Will Trusts, Assheton v Boyne* [1964] Ch 542
· *Selangor United Rubber Estates Ltd. v Cradock (No. 3)* [1968] WLR 1555
· *Turner v. Turner* [1984] Ch 100
· *Ashburn Anstalt v Arnold* [1989] Ch 1
· *Rhone v Stephens* [1994] 2 AC 310
· *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669
· *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241
· *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102
· *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] UKPC 26
· *Saunders v Vautier* [1841] 4 Beav 115
· *McPhail v Doulton* [1971] AC 424
· *Murphy v Murphy* [1999] 1 WLR 282
· *Ex parte Gilchrist, re Armstrong* [1886] 17 QBD 521
· *Re Hay's Settlement Trusts* [1982] 1 WLR 202
· *Space Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce Trust Co. (Bahamas) Ltd.* [1986] 1 W.L.R. 1072
· *In Re Beatty Hinves v. Brooke* [1990] 1 WLR 1503
· *Tassone v. Pearson* [2012] BCSC 1262
· *Tasarruf Mevduati Sigorta Fonu v Merill Lynch Bank & Trust Company (Cayman) Ltd*. [2011] UKPC 17
· *Pennock v Pennock* [1871] LR 13 Eq 144
· *Edge v Pensions Ombudsman* [2000] Ch 602
· *Gartside v IRC* [1968] 2 WLR 277
· *Brown v Higgs* (1803) 8 Ves Jr 561
· *Re Gestetner Settlement* [1953] Ch 672
· *Re Gulbenkian's Settlements Trusts* [1970] AC 508

Bijlage

A° 2011 N° 67

PUBLICATIEBLAD

LANDSVERORDENING van de 15de december 2011 houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts (Landsverordening trust).

IN NAAM DER KONINGIN!

De Waarnemende Gouverneur van Curaçao,

In overweging genomen hebbende:

dat het, ter versterking van de positie van Curaçao als financieel dienstencentrum, wenselijk is bepalingen op te nemen in het Burgerlijk Wetboek inzake trusts;

Heeft, de Raad van Advies gehoord, met gemeen overleg der Staten, vastgesteld onderstaande landsverordening:

ARTIKEL I

Titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek komt te luiden:

Titel 6 Trust

Afdeling 1 Algemene bepalingen

Artikel 126

Deze titel laat onverlet hetgeen bepaald is in de Landsverordening toezicht trustwezen.

Artikel 127

1. Voor de toepassing van deze titel heeft de term trust het oog op de rechtsbetrekkingen die bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer een trustee rechthebbende op goederen is of wordt ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel.
2. Een trust heeft de volgende kenmerken:
   a. de goederen van de trust, hierna te noemen het trustvermogen, vormen een afgescheiden

Zie voor schriftelijke gedachtenwisseling met Staten stukken Zitting 2001-2002-2519

vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;
b. de trustee is rechthebbende op het trustvermogen;
c. de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, ter zake waarvan hij rekening en verantwoording schuldig is, om het trustvermogen te besturen.

3. Het is niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het bestaan van een trust dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden of dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft.

Artikel 128

Een rechtshandeling waarbij de trustee goederen heeft verkregen, met inbegrip van een verklaring van de insteller waarbij deze zelf trustee wordt ten aanzien van de goederen, kan slechts door een rechterlijke uitspraak worden vernietigd.

Artikel 129

1. Waar in deze titel wordt gesproken van een notariële akte, wordt daaronder verstaan een akte verleden door of ten overstaan van een Curaçaose notaris. Een volmacht tot medewerking aan de akte moet schriftelijk zijn verleend.
2. De akte wordt verleden in de taal die de insteller kiest, mits de notaris deze taal verstaat. Is de taal een andere dan het Papiaments of de Nederlandse, Engelse of Spaanse taal, dan wordt een door een beëdigd vertaler ondertekende Nederlandse vertaling aan de akte gehecht.

Afdeling 2 Instelling van de trust

Artikel 130

1. De instelling van de trust geschiedt bij notariële akte, een uiterste wil bij notariële akte daaronder begrepen.
2. Een trust ontstaat niet bij het ontbreken van een door de notaris ondertekende akte. Het ontbreken van kracht van authenticiteit aan een door een notaris ondertekende akte verhindert het ontstaan van de trust niet, tenzij het gaat om een uiterste wilsbeschikking.
3. De trustakte bevat de trustbepalingen, die tenminste inhouden:
   a. de aanwijzing van een begunstigde of een bepaald doel;
   b. de benoeming van tenminste één binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee en de aanvaarding van die benoeming;
   c. een voorziening ter verzekering dat niet een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken;
   d. de omschrijving van het trustvermogen;
   e. de benaming van de trust, met het woord trust als onderdeel daarvan.
4. De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten kan ontheffing verlenen van het in het derde lid, onderdelen b en c, besloten voorschrift. De Bank kan aan de ontheffing voorwaarden verbinden.
5. Het doel mag niet in strijd zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.

Artikel 131

Indien aan een trust gebreken kleven, kan de rechter in eerste aanleg, op verzoek van de insteller, een andere belanghebbende of het openbaar ministerie, de als trustee fungerende persoon veroordelen tot het verrichten van hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust, daaronder begrepen de aanpassing van de trustakte.

Artikel 132

1. Wijziging van de trustbepalingen en herroeping van de trust zijn slechts mogelijk onder de omstandigheden vermeld en door een persoon daartoe aangewezen in de trustakte.
2. Zodanige wijziging of herroeping geschiedt bij notariële akte.

Artikel 133

1. Indien door onvoorziene omstandigheden aan de kennelijke bedoeling van de insteller in een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare mate afbreuk wordt gedaan, kan de rechter in eerste aanleg, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, de trustbepalingen buiten toepassing laten of deze wijzigen. Aan een wijziging kan geheel of gedeeltelijk terugwerkende kracht worden verleend.
2. Nadat een beschikking waarbij de trustbepalingen zijn gewijzigd in kracht van gewijsde is gegaan, zendt de griffier van het college waar de procedure laatstelijk aanhangig was, een afschrift van de beschikking aan de Kamer van Koophandel, ter inschrijving in het handelsregister van de datum van de beschikking en, voorzover vereist, van de gewijzigde gegevens.

Afdeling 3 De trustee

Artikel 134

1. Zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen rechtsgeldig als trustee fungeren.
2. De insteller kan trustee zijn.
3. De trustee kan niet de enige begunstigde zijn.
4. De trustee kan evenmin protector zijn als bedoeld in afdeling 4. Een protector die een benoeming tot trustee aanvaardt houdt op protector te zijn.

Artikel 135

1. De trustee is verplicht het trustvermogen in overeenstemming met de wet en de bepalingen van de trustakte te besturen en zijn bevoegdheden in overeenstemming met de aard van het trustvermogen en met de zorgvuldigheid die uit zijn vertrouwenspositie voortvloeit uit te oefenen.
2. De trustee is verplicht het trustvermogen te verzekeren tegen gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten. In ieder geval is de trustee, indien een gebouw tot

het trustvermogen behoort, verplicht dit tegen brand te verzekeren.

Artikel 136

1. Met betrekking tot een tot het trustvermogen behorend goed terzake waarvan inschrijvingen kunnen plaatsvinden in een ingevolge de wet gehouden register, kan de trustee verlangen dat een inschrijving geschiedt op zijn naam en in zijn hoedanigheid van trustee, of op een zodanige andere wijze dat van het bestaan van de trust blijkt.
2. Tenzij in de trustakte anders is bepaald, moet de trustee het bestaan van het trustverband doen inschrijven:
   a. in de openbare registers, bedoeld in titel 1, afdeling 2, voor zover het trustvermogen bestaat uit registergoederen;
   b. in het register van aandeelhouders, voor zover het trustvermogen bestaat uit aandelen op naam in een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap;
   c. in het handelsregister, voor zover het trustvermogen bestaat uit een onderneming of een aandeel in een vennootschap.
3. Tenzij in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevergd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is, moet de trustee aan zijn wederpartij kenbaar maken dat hij handelt in zijn hoedanigheid van trustee. Is aan de wederpartij kenbaar dat de trustee handelt in zijn hoedanigheid, dan is geen verhaal mogelijk op het niet aan de trust onderworpen vermogen van de trustee, tenzij de trustee de verplichtingen die voor hem uit de trust voortvloeien heeft geschonden.

Artikel 137

1. De trustee is verplicht het trustvermogen afgescheiden te houden van een ander trustvermogen en van zijn niet aan een trust onderworpen vermogen.
2. De trustee is verplicht binnen Curaçao van elk trustvermogen een zodanige afzonderlijke administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren dat te allen tijde de samenstelling, de inkomsten en uitgaven van elk trustvermogen uit de administratie zijn vast te stellen. De administratie van beleggingstrusts kan ook buiten Curaçao worden gevoerd.
3. Tenzij in de trustakte anders is bepaald, is de trustee verplicht jaarlijks, alsmede bij het einde van de trust, aan de begunstigde rekening en verantwoording af te leggen over zijn bestuur. Daarbij wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van rechtshandelingen waarbij een trustee of protector een tegenstrijdig eigen belang had.
4. De trustee is verplicht op verzoek van het openbaar ministerie inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitoefening van diens uit deze titel voortvloeiende taken.

Artikel 138

Indien meerdere trustees in functie zijn, richten hun bevoegdheden zich naar hetgeen in titel 7 voor deelgenoten is bepaald, tenzij uit de trustakte anders voortvloeit.

Artikel 139

1. De trustee is onder meer bevoegd tot:
   a. vervreemding, belegging en herbelegging van het trustvermogen;
   b. uitkering van het zuiver inkomen of accumulatie voor ten hoogste vijf jaren;
   c. beëindiging of opschorting van uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie, voorzover die uitkeringen feitelijk voor een ander doel gebruikt worden;
   d. beëindiging van uitkeringen indien een begunstigde, in strijd met een daartoe strekkend verbod in de trustakte, zijn belang in de trust heeft vervreemd, bezwaard of belast;
   e. het op verzoek van de insteller, de protector of derden doen van uitkeringen aan niet in de trustakte genoemde personen of ten behoeve van niet in de trustakte genoemde doelen, mits deze uitkeringen niet onverenigbaar zijn met de trustbepalingen;
   f. raadpleging van adviseurs in verband met de uitoefening van zijn taak.
2. Het verlenen van een volmacht is slechts toegestaan in de vorm van een bijzondere volmacht van beperkte duur.
3. Rechtshandelingen met betrekking tot het trustvermogen waarbij een trustee een tegenstrijdig belang heeft, kunnen slechts worden aangegaan met medewerking van alle overige trustees en met toestemming van alle protectors. Bij ontbreken van een protector is toestemming van de rechter in eerste aanleg vereist. Wordt de in de eerste volzin bedoelde medewerking of toestemming zonder redelijke grond geweigerd of verklaart men zich niet, dan kan de medewerking of toestemming, op verzoek van de trustee, worden vervangen door een machtiging van de rechter in eerste aanleg.
4. In de trustakte kan van het eerste tot en met derde lid worden afgeweken.

Artikel 140

1. In de trustakte kan de beschikkingsbevoegdheid van de trustee met betrekking tot het trustvermogen of bepaalde tot het trustvermogen behorende goederen worden beperkt. Een zodanige bepaling staat aan executie door schuldeisers niet in de weg. Indien in de trustakte is bepaald dat beschikking niet zonder toestemming van één of meer in de trustakte genoemde personen kan geschieden en die personen de vereiste toestemming zonder redelijke grond weigeren of zich niet verklaren, kan de toestemming op verzoek van de trustee worden vervangen door een machtiging van de rechter in eerste aanleg.
2. De in het eerste lid bedoelde beschikkingsonbevoegdheid kan slechts worden tegengeworpen aan een verkrijger die haar kende.
3. De beschikkingsonbevoegdheid kan ook worden tegengeworpen aan een verkrijger die haar niet kende, maar die om niet verkreeg, tenzij en voor zover deze aantoont dat hij ten tijde dat de beschikkingsonbevoegdheid hem bekend werd, door de verkrijging niet gebaat was.
4. Bekendheid met het bestaan van het trustverband impliceert bekendheid met de beschikkingsonbevoegdheid indien deze is ingeschreven in het in afdeling 8 bedoelde trustregister, tenzij de beschikkingsonbevoegdheid zo ongebruikelijk is dat de verkrijger haar daarin niet behoefde te verwachten.
5. Met betrekking tot registergoederen impliceert inschrijving van het trustverband in de openbare registers, bedoeld in titel 1, afdeling 2, bekendheid met het bestaan van het trustverband.

Artikel 141

Een trustee kan als zodanig in rechte optreden en verschijnen voor een notaris of voor enig persoon die handelt in de uitoefening van een openbare functie.

Artikel 142

Tenzij de beloning van de trustee in de trustakte anders is geregeld, komt aan de trustee of de gezamenlijke trustees vijf procent van het zuiver inkomen uit het trustvermogen toe, met een minimum van NAF. 1.000,-- per jaar. Dit minimum kan bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, worden gewijzigd telkens wanneer de prijsontwikkeling daartoe aanleiding geeft.

Artikel 143

1. De trustee is aansprakelijk, indien hij in de zorg van een goed trustee tekortschiet, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.
2. Indien meer dan één trustee in functie is, is elk hunner hoofdelijk aansprakelijk. Niet aansprakelijk is evenwel de trustee die bewijst dat het desbetreffende feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.
3. Aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of bewuste roekeloosheid kan noch in de trustakte, noch op enige andere wijze worden beperkt of uitgesloten.
4. Indien het trustvermogen is benadeeld, kan de vordering worden ingesteld door elke medetrustee. De vordering kan, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook worden ingesteld door een protector of begunstigde, met dien verstande dat de schadevergoeding zo spoedig mogelijk wordt afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.

Artikel 144

1. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, kan de trustee zijn taak slechts neerleggen zonder dat zulks onnodige schade voor de begunstigde of het trustvermogen veroorzaakt.
2. De trustee kan door de protector of, op verzoek van in de trustakte daartoe aangewezen personen of het openbaar ministerie, door de rechter in eerste aanleg worden geschorst.
3. Indien in geval van schorsing niet binnen vier weken wordt overgegaan tot het instellen van een onderzoek naar de omstandigheden die tot de schorsing hebben geleid, vervalt de schorsing.
4. Op verzoek van de protector, het openbaar ministerie of, tenzij in de trustakte anders is bepaald, de insteller of begunstigde, dan wel andere in de trustakte daartoe aangewezen personen kan de trustee door de rechter in eerste aanleg worden ontslagen.
5. In de trustakte kan worden bepaald dat de insteller of de protector naar eigen goeddunken de trustee kan ontslaan en al dan niet vervangen.
6. De trustee verliest voorts zijn hoedanigheid van trustee door zijn dood, zijn faillietverklaring, zijn ondercuratelestelling of door de instelling van een bewind, bedoeld in titel 19 van Boek 1, over één of meer van zijn goederen, dan wel, rechtspersoon zijnde, door een besluit tot ontbinding.

7. Indien, ondanks de voorziening terzake in de trustakte, een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken, benoemt de rechter in eerste aanleg deze, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve.

Artikel 145

1. Een opvolgende of toetredende trustee verkrijgt van rechtswege het trustvermogen of een aandeel daarin onder algemene titel. Ontbrak op enig moment een trustee, dan wordt de opvolgende trustee geacht rechthebbende te zijn vanaf het tijdstip van defungeren van de laatste trustee.
2. Voorzover tot het trustvermogen goederen behoren, ten aanzien waarvan in enig register of bij enige autoriteit gegevens zijn vastgelegd, is de opvolgende trustee verplicht, onverwijld van de rechtsovergang te doen blijken.
3. Een opvolgende trustee is verplicht tot openbaarmaking van de op hem betrekking hebbende gegevens, voorzover zulks vereist is en niet op grond van artikel 161 mocht zijn geschied.

Artikel 146

1. De defungerende trustee is verplicht aan de opvolgende trustee rekening en verantwoording af te leggen, alsmede aan hem de op het trustvermogen betrekking hebbende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers af te geven.
2. De defungerende trustee is voorts verplicht tot het afgeven aan de opvolgende trustee van volmachten, verklaringen, titelbewijzen en documenten die in enig rechtstelsel verband houden met de rechtsovergang. Voorzover de defungerende trustee zelf daarbij belang behoudt, is hij slechts verplicht om aan de opvolgende trustee op diens verlangen en op dienst kosten een afschrift of uittreksel af te geven.
3. Ingeval van overlijden van een trustee rusten de in het eerste en tweede lid genoemde verplichtingen op diens erfgenamen. Ingeval ten aanzien van een trustee, rechtspersoon zijnde, een besluit tot ontbinding is genomen, rusten die verplichtingen op degene die met de vereffening is belast.

Afdeling 4 De protector

Artikel 147

1. In de trustakte kan worden bepaald dat, en onder welke voorwaarden, er één of meer protectors zullen zijn.
2. Indien benoeming van een protector mogelijk is, dient tevens te worden bepaald wie tot benoeming bevoegd is.
3. Benoeming van een protector door een trustee is nietig. Een voordracht tot benoeming van een protector door een trustee is niet bindend.

Artikel 148

1. Zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen als protector fungeren.
2. De protector kan niet de enige begunstigde zijn.
3. De protector kan evenmin trustee zijn. Een trustee die een benoeming tot protector aanvaardt houdt op trustee te zijn. Een trustee kan geen benoeming tot protector aanvaarden indien daardoor een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee zou komen te ontbreken.

Artikel 149

1. De protector is verplicht, met de zorgvuldigheid die uit de vertrouwenspositie van protector voortvloeit, de trustee met raad terzijde te staan, toezicht te houden op de trustee en zonodig over te gaan tot schorsing van de trustee of tot het nemen van andere in de trustakte omschreven maatregelen.
2. De protector is verplicht zodanige andere taken te verrichten als hem bij zijn benoeming mochten zijn toevertrouwd, welke taken echter, afgezien van het verlenen of onthouden van zijn goedkeuring of toestemming, niet mogen inhouden de bevoegdheid tot het nemen van beslissingen die naar hun aard binnen de bevoegdheid van de trustee vallen.
3. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, is de protector verplicht bij zijn aftreden een opvolger te benoemen.

Artikel 150

1. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, dient, indien meerdere protectors in functie zijn, een vereiste toestemming of medewerking verleend te worden door de meerderheid van de protectors, waarbij zoveel protectors als in de omstandigheden redelijkerwijs mogelijk in de besluitvorming zijn betrokken.
2. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, kan de protector in verband met de uitoefening van zijn taak adviseurs raadplegen.
3. Het verlenen van een volmacht is slechts mogelijk aan een mede-protector, in de vorm van een bijzondere volmacht van beperkte duur.
4. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, geldt de protector als belanghebbende in de zin van deze titel.
5. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, kunnen rechtshandelingen met betrekking tot het trustvermogen waarbij een protector een tegenstrijdig belang heeft, slechts worden aangegaan met medewerking van alle trustees en met toestemming van alle overige protectors. Wordt de in de eerste volzin bedoelde medewerking of toestemming zonder redelijke grond geweigerd of verklaart men zich niet, dan kan de medewerking of toestemming, op verzoek van een trustee, worden vervangen door een machtiging van de rechter in eerste aanleg.

Artikel 151

1. De protector is aansprakelijk, indien hij in de zorg van een goed protector tekortschiet, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.
2. Indien meer dan één protector in functie is, is elk hunner hoofdelijk aansprakelijk. Niet aansprakelijk is evenwel de protector die bewijst, dat het desbetreffende feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.
3. Aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of bewuste roekeloosheid kan noch in de trustakte, noch op enige andere wijze worden beperkt of uitgesloten.
4. Indien het trustvermogen is benadeeld, kan de vordering worden ingesteld door elke trustee. De vordering kan, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook worden ingesteld door een mede-protector of begunstigde, met dien verstande dat de schadevergoeding zo spoedig mogelijk wordt afgedragen aan de trustee of trustees.

Artikel 152

1. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, kan de protector zijn taak slechts neerleggen zonder dat zulks onnodige schade voor de begunstigde of het trustvermogen veroorzaakt.
2. Op verzoek van een mede-protector, het openbaar ministerie of, tenzij in de trustakte anders is bepaald, de insteller of begunstigde, dan wel andere in de trustakte daartoe aangewezen personen kan een protector door de rechter in eerste aanleg worden ontslagen.
3. In de trustakte kan worden bepaald dat de insteller naar eigen goeddunken de protector kan ontslaan en al dan niet vervangen en dat deze bevoegdheid na de dood van de insteller overgaat op een andere aangewezen persoon.
4. De protector verliest voorts zijn hoedanigheid van protector door zijn dood, zijn faillietverklaring, zijn ondercuratelestelling of door de instelling van een bewind, bedoeld in titel 19 van Boek 1, over één of meer van zijn goederen, dan wel, rechtspersoon zijnde, door een besluit tot ontbinding.
5. Ingeval een afgetreden of overleden protector heeft nagelaten een opvolger te benoemen, zal bij gebreke van voorziening in de trustakte, de nog in functie zijnde protector een opvolgende protector benoemen. Indien geen andere protector in functie is, zal de rechter in eerste aanleg, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve, een opvolgende protector benoemen.

Afdeling 5 De begunstigde

Artikel 153

1. Nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen, mits voldoende bepaalbaar, kunnen ook begunstigde zijn.
2. De insteller kan zichzelf als begunstigde aanwijzen.
3. Is de aanwijzing van de begunstigde onherroepelijk en jegens de begunstigde om niet, dan geldt zij als aanvaard, indien zij ter kennis van de begunstigde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen.

Artikel 154

1. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald of door de trustee niet tot accumulatie is besloten, komt jaarlijks het zuiver inkomen uit het trustvermogen toe aan de begunstigde of het bepaalde doel.
2. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, is de begunstigde bevoegd om over zijn rechten en bevoegdheden in de trust te beschikken, onverminderd het derde lid. De trustee geldt als degene tegen wie de desbetreffende rechten en bevoegdheden worden uitgeoefend.
3. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, kunnen uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie niet feitelijk gebruikt worden voor betaling van schulden die geen verband houden met het doel waarvoor deze gedaan zijn en is de begunstigde niet bevoegd over het recht op die uitkeringen te beschikken.
4. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, is elke begunstigde afzonderlijk bevoegd jaarlijks naar aanleiding van de afgelegde rekening en verantwoording, voor eigen rekening een onderzoek in te stellen, overlegging te verlangen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, zich de tot het trustvermogen behorende waarden te doen tonen en de op het trustvermogen betrekking hebbende administratie te onderzoeken. Hij kan zich bij de uitoefening van deze bevoegdheden doen bijstaan door een deskundige.
5. Indien uit dit onderzoek blijkt dat de afgelegde rekening en verantwoording belangrijke onjuistheden bevat of ten aanzien van belangrijke aspecten kennelijk onvolledig is, komen de redelijk gemaakte kosten van dit onderzoek voor rekening van de trustee in zijn niet aan de trust onderworpen vermogen.

Afdeling 6 Het trustvermogen

Artikel 155

1. Het trustvermogen is afgescheiden van het niet aan een trust onderworpen vermogen van de trustee en andere trustvermogens. Het trustvermogen strekt niet tot verhaal van de persoonlijke schulden van de trustee, maakt geen deel uit van het niet aan een trust onderworpen vermogen van de trustee in geval van diens insolventie of faillissement en maakt geen deel uit van enige huwelijksgoederengemeenschap waarin de trustee gehuwd mocht zijn, noch van zijn nalatenschap.
2. Het trustvermogen wordt gevormd door alle goederen waarop de trustee rechthebbende is.
3. Tenzij in de trustakte of bij de verkrijging door de trustee anders is bepaald, omvat het trustvermogen ook de goederen die geacht moeten worden in de plaats van een tot het trustvermogen behorend goed te treden, vorderingen tot vergoeding van schade daaronder begrepen, benevens de vruchten en andere voordelen die zulk een goed oplevert, zolang de vruchten niet zijn aangewend ten behoeve van de begunstigde of het bepaalde doel.

Artikel 156

1. Indien de trustee tot het trustvermogen behorende goederen ten onrechte niet afgescheiden heeft gehouden, kan elke mede-trustee vorderen dat de goederen alsnog worden afgescheiden en aan hem worden afgestaan.
2. Onverminderd de bescherming van derden, kunnen tot het trustvermogen behorende goederen door de trustee of een mede-trustee worden teruggevorderd in gevallen waarin de trustee deze, met schending van de verplichtingen die voor hem uit de trust voortvloeien,

heeft vervreemd. Dit lid is van overeenkomstige toepassing op bezwaringen en ingebruikgevingen van tot het trustvermogen behorende goederen.

3. De bevoegdheden van het eerste en tweede lid komen, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook toe aan een protector of begunstigde, met dien verstande dat de goederen zo spoedig mogelijk worden afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.
4. Artikel 155, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 157

1. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald, komen uitgaven die door de trustee en andere bevoegde personen bevoegdelijk zijn gedaan, alsmede de aan de trustee toekomende beloning, in de eerste plaats ten laste van het zuiver inkomen uit het trustvermogen en vervolgens van het trustvermogen.
2. Voorzover in de trustakte niet anders is bepaald dient, voor de toepassing van deze titel onder zuiver inkomen te worden verstaan de algebraïsche som van hetgeen in geld of geldswaarde zuiver genoten wordt als opbrengst van onroerende zaken en de rechten waaraan deze zijn onderworpen, roerend kapitaal en rechten op periodieke uitkeringen als bedoeld in de Landsverordening op de inkomstenbelasting 1943.

Artikel 158

In de trustakte kunnen een of meer personen worden aangewezen die ter bescherming van het trustvermogen, onder de in de trustakte omschreven omstandigheden, bevoegd zijn tot het nemen van daarin aangeduide maatregelen.

Afdeling 7 Het einde van de trust

Artikel 159

1. De trust eindigt:
   a. door de vervulling van een in de trustakte opgenomen ontbindende voorwaarde, door het bereiken van het doel waarvoor de trust in het leven is geroepen zonder dat de trustakte daarvoor een voorziening bevat of door het verloop van de tijd waarvoor de trust is ingesteld;
   b. bij het geheel ontbreken van trustvermogen, indien niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd verandering komt;
   c. indien er geen begunstigden meer zijn of deze allen schriftelijk afstand van hun aanspraken hebben gedaan;
   d. zodra de enige trustee de enige begunstigde wordt; of
   e. door ontbinding van de trust door de rechter in eerste aanleg, op verzoek van het openbaar ministerie, op de grond dat aan de trust gebreken kleven of in het belang van de openbare orde.
2. Nadat een rechterlijke beschikking waarbij de trust is ontbonden in kracht van gewijsde is gegaan, zendt de griffier van het college waar de procedure laatstelijk aanhangig was, een afschrift van de beschikking aan de Kamer van Koophandel ter inschrijving van de ontbinding

in het handelsregister.

3. De rechter kan in de in het tweede lid bedoelde beschikking op verzoek van een belanghebbende dan wel ambtshalve een vereffenaar benoemen.

Artikel 160

In de in artikel 159, onderdelen a, c en e, vermelde gevallen draagt de trustee bij zijn eindrekening en verantwoording alle tot het trustvermogen behorende goederen, overeenkomstig de voor elk van die goederen geldende regelen, over aan degene, die daartoe in de trustakte is aangewezen en bij gebreke van zodanige aanwijzing, aan de insteller of zijn rechtsopvolgers onder algemene titel. Ingeval ook deze ontbreken, dient de eindrekening en verantwoording te worden afgelegd aan de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten en dienen de overblijvende goederen te worden verkocht, met afdracht van de opbrengst daarvan aan het Land.

Afdeling 8 Openbaarmaking van de trust

Artikel 161

1. De notaris te wiens overstaan de trustakte is verleden, is verplicht de trust in te schrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De inschrijving vindt plaats overeenkomstig de bepalingen inzake de inschrijving van een trust in het handelsregister. De notaris te wiens overstaan een trustakte wordt gewijzigd, is verplicht tot inschrijving van de datum van wijziging en, voorzover vereist, van de gewijzigde gegevens.
2. De notaris te wiens overstaan een trust wordt herroepen, is verplicht tot inschrijving van deze herroeping.
3. Ingeval de trust eindigt anders dan door herroeping of ontbinding door de rechter, is de laatst fungerende trustee verplicht daarvan mededeling te doen aan de Kamer van Koophandel ter inschrijving van de beëindiging in het handelsregister. Indien zulks niet binnen vier weken mocht zijn geschied, is iedere belanghebbende, na daartoe verkregen toestemming van de rechter in eerste aanleg, tot het doen van die mededeling bevoegd.

ARTIKEL II

Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:
Na artikel 88 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 88a

Artikel 88, eerste lid, onderdelen b tot en met d, is niet van toepassing op rechtshandelingen in hoedanigheid verricht door een trustee.

ARTIKEL III

Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek wordt voor het overige als volgt gewijzigd:

1. Artikel 46 wordt als volgt gewijzigd:
   a. In het eerste lid wordt de punt aan het slot van onderdeel f vervangen door een puntkomma en wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:
      g. bij rechtshandelingen die ertoe strekken een goed onder een trustverband te brengen.
   b. Een lid wordt toegevoegd, luidende:
      7. Voor de toepassing van dit artikel is met de hoedanigheid van bestuurder, commissaris of aandeelhouder van een rechtspersoon gelijkgesteld de hoedanigheid van trustee, protector of begunstigde van een trust.
2. Aan artikel 80, tweede lid, wordt toegevoegd: , alsmede door opvolging of toetreding als trustee.
3. Artikel 94, derde lid, komt te luiden:
   3. Deze rechten kunnen ook worden geleverd door een daartoe bestemde akte, zonder mededeling daarvan aan de personen tegen wie die rechten moeten worden uitgeoefend, mits deze rechten op het tijdstip van de levering reeds bestaan of rechtstreeks zullen worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding. De levering kan niet worden tegengeworpen aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend dan na mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of de verkrijger. Voor de verkrijger van een recht dat overeenkomstig de eerste zin is geleverd, geldt artikel 88 slechts, indien hij te goeder trouw is op het tijdstip van de in tweede volzin bedoelde mededeling.
4. Aan artikel 231 wordt een lid toegevoegd, luidende:
   3. De vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven, kan toekomen aan een ander dan de pand- of hypotheekhouder. In dat geval is zonodig het in deze titel bepaalde van overeenkomstige toepassing.
5. In artikel 270, zesde lid, wordt "verkoopwaarden" vervangen door: verkoopvoorwaarden.

ARTIKEL IV

Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:
1. In artikel 87, derde lid, wordt "eigenaar" vervangen door: de eigenaar.
2. In artikel 111, onderdeel e, wordt "deeltijdappartementseigenaren" vervangen door: deeltijdappartementseigenaars.
3. In artikel 112, tweede lid, onderdeel a, wordt na "gebouw" ingevoegd: of de grond.
4. In artikel 115, tweede lid, wordt "solarium" vervangen door: het solarium.
5. In artikel 116, vierde lid, wordt "solarium" vervangen door: het solarium.
6. In artikel 119a wordt "deeltijdappartementseigenaren" vervangen door: deeltijdappartements-eigenaars.

ARTIKEL V

Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:
In artikel 107a, eerste en tweede lid, vervalt driemaal "(of salaris)".

ARTIKEL VI

67 - 14 -

De Landsverordening toezicht trustwezen wordt als volgt gewijzigd:
Artikel 1 wordt als volgt gewijzigd:
1. In onderdeel a, onder 2, wordt na "bestuurder" toegevoegd: of trustee.
2. In onderdeel a, onder 3, wordt "of bestuurder" vervangen door: , bestuurder of trustee.
3. In onderdeel d wordt na "rechtspersoon" toegevoegd: , een vennootschap, trust of natuurlijk persoon.

ARTIKEL VII

De Landsverordening Deviezenverkeer wordt als volgt gewijzigd:
Artikel 1 wordt als volgt gewijzigd:
1. In onderdeel 1, onder b, worden de woorden "vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen" vervangen door: vennootschappen en trusts.
2. In onderdeel 2, onder a, worden de woorden "vennootschappen onder firma, commanditaire vennootschappen" vervangen door: vennootschappen, trusts.

ARTIKEL VIIA

Aan artikel 4 van de Algemene landsverordening Landsbelastingen[1] wordt een derde lid toegevoegd, luidende:
3. Een trust wordt geacht zijn woonplaats in Curaçao te hebben, indien de trust:
   a. volgens het recht van Curaçao is ingesteld,
   b. op Curaçao is gevestigd, of
   c. ingevolge de trustakte slechts één trustee heeft en deze in Curaçao woont of aldaar gevestigd is.

   Of een naar buitenlands recht ingestelde trust is gevestigd in Curaçao wordt, indien het voorgaande niet van toepassing is, naar de omstandigheden beoordeeld.

ARTIKEL VIII

De Successiebelastingverordening 1908[2] wordt als volgt gewijzigd:
1 Artikel 4 wordt als volgt gewijzigd:
   "rechtspersoon" wordt vervangen door: lichaam als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel c, van de Algemene landsverordening Landsbelastingen.
2. Aan artikel 56 wordt onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel 8° door een puntkomma, een onderdeel toegevoegd, luidende:
   9°. hetgeen door een begunstigde wordt verkregen van een trust als bedoeld in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of naar soortgelijk buitenlands recht.
3. Aan artikel 61 wordt een lid toegevoegd, luidende:
   3. In afwijking van het eerste lid wordt bij een verkrijging door een trust als bedoeld in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of naar soortgelijk buitenlands recht de belasting geheven naar een tarief van 25%.

[1] P.B. 2001, no. 89
[2] P.B. 1908, no. 48

ARTIKEL IX

De Landsverordening op de winstbelasting 1940[3] wordt als volgt gewijzigd:

1. Artikel 1, eerste lid, wordt als volgt gewijzigd:
   a. In onderdeel b wordt na "is verdeeld," ingevoegd: trusts,
   b. In onderdeel c wordt na "is verdeeld)" ingevoegd: en trusts.
2. Onderdeel 2 komt te luiden:
   2. Artikel 1B wordt als volgt gewijzigd:
   a. In het eerste, vierde, vijfde en zesde lid wordt steeds na "stichting particulier fonds" ingevoegd: "of trust als bedoeld in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of naar soortgelijk buitenlands recht".
   b. In het derde lid wordt na "stichting particulier fonds" ingevoegd: of trust.
3. De punt aan het slot van artikel 2, eerste lid, onderdeel i, wordt vervangen door een puntkomma.
4. Na artikel 2, eerste lid, onderdeel i, wordt er een onderdeel toegevoegd, luidende:
   j. de winst van een trust als bedoeld in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of naar soortgelijk buitenlands recht, tenzij deze winst voortvloeit uit bedrijf.

ARTIKEL X

De Landsverordening op de inkomstenbelasting 1943[4] wordt als volgt gewijzigd:

1. Artikel 7, eerste lid, komt te luiden:
   1. De opbrengst van rechten op periodieke uitkeringen omvat onderstanden, lijfrenten, alsmede de verschuldigde verstrekkingen van levensonderhoud, huisvesting of andere zaken, in het algemeen, alle verschuldigde uitkeringen en verstrekkingen, niet aan een ambt of dienstbetrekking verbonden.
2. Aan artikel 7 wordt een lid toegevoegd, luidende:
   3. In geval de periodieke uitkeringen afkomstig zijn van een stichting particulier fonds of van een trust als bedoeld in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of naar soortgelijk buitenlands recht wordt de terzake van de verkrijging door de stichting particulier fonds of trust betaalde successiebelasting als prestatie aangemerkt. Bij meerdere begunstigden kan de Minister bij ministeriële regeling met algemene werking regels geven voor de toerekening van de betaalde successiebelasting aan de begunstigden.
3. Aan artikel 11, eerste lid, wordt, onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel 3° door een puntkomma, een onderdeel toegevoegd, luidende:
   4°. Eenmalige uitkeringen en verstrekkingen die worden ontvangen van een stichting particulier fonds of trust als bedoeld in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of naar soortgelijk buitenlands recht. Eenmalige uitkeringen en verstrekkingen die de tegenwaarde van een prestatie vormen, worden slechts belast voor zover zij de waarde

[3] P.B. 2002, no. 54
[4] P.B. 2002, no. 63

van de prestatie te boven gaan. De terzake van de verkrijging door de stichting particulier fonds of trust betaalde successiebelasting wordt als prestatie aangemerkt. Bij meerdere begunstigden kan de Minister bij ministeriële regeling met algemene werking regels geven voor de toerekening van de betaalde belasting aan de begunstigden.

ARTIKEL XI

De Handelsregisterverordening wordt aldus gewijzigd:

1. Artikel 2, eerste lid, komt te luiden:
   1. Er is een handelsregister, waarin ondernemingen, rechtspersonen en trusts worden ingeschreven overeenkomstig het bepaalde in deze landsverordening.
2. Artikel 3, vierde en vijfde lid, komt te luiden:
   4. Het bepaalde in het derde lid is van overeenkomstige toepassing op in Curaçao gevestigde buitenlandse rechtspersonen.
   5. Indien aan een stichting of stichting particulier fonds, een vereniging of een trust een onderneming toebehoort die als zodanig overeenkomstig dit artikel moet worden ingeschreven, geldt de inschrijving van de onderneming tevens als inschrijving van de stichting, de stichting particulier fonds, de vereniging of de trust.
3. Na artikel 4 wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 4a

In het handelsregister worden ingeschreven trusts, als bedoeld in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

4. Artikel 5, tweede lid, komt te luiden:
   2. Tot het doen van opgave ter inschrijving in het handelsregister van een rechtspersoon en deponering van een authentiek afschrift van de akte en statuten of van een wijziging daarvan, is naast de bestuurders van de rechtspersoon tevens verplicht de notaris ten overstaan van wie de akte is verleden. Tot het doen van opgave ter inschrijving in het handelsregister van een trust en deponering van een authentiek uittreksel van de trustakte, bevattende tenminste de datum van instelling van de trust, de benaming van de trust en de persoonlijke gegevens van de trustees of van een wijziging daarvan is naast de trustee, tevens verplicht de notaris ten overstaan van wie de akte is verleden. In het uittreksel wordt tevens vermeld de doelstelling van de trust, zijnde de aanwijzing van een begunstigde of een bepaald doel, zonder dat de begunstigde of het doel nader behoeft te worden aangeduid.
5. *[vervallen]*
6. Artikel 14, eerste lid, komt te luiden:
   1. Bij de eerste inschrijving van een onderneming, rechtspersoon, trust of nevenvestiging en vervolgens jaarlijks na het jaar van inschrijving, zijn voor elke ingeschreven onderneming, rechtspersoon, trust of nevenvestiging aan de Kamer van Koophandel verschuldigd, op grondslag van het in de onderneming, rechtspersoon, trust of nevenvestiging aanwezige eigen vermogen, de door de Kamer van Koophandel vast te stellen bedragen, die nimmer minder dan de in de navolgende schalen genoemde minima, noch meer dan de in deze schalen genoemde maxima bedragen. De overige bepalingen in dit artikel en in de artikelen 17, 18, 19 en 21 met betrekking tot rechtspersonen, zijn van overeenkomstige toepassing op de trust.

6a. Het derde lid van artikel 14 komt te luiden:

3. Ter bepaling van de grondslag voor de toepassing van de schaal van het tweede lid, is degene die tot het doen van opgave ter inschrijving in het handelsregister verplicht is, gehouden aangifte te doen van het eigen vermogen van de onderneming, de rechtspersoon, de trust of nevenvestiging met uitzondering van de in artikel 15 bedoelde ondernemingen, rechtspersonen, stichtingen, stichtingen particulier fonds, verenigingen en trusts.

7. Artikel 15 komt te luiden:

Artikel 15

De in Curaçao gevestigde rechtspersonen en trusts die een ontheffing hebben als bedoeld in artikel 19 van de Landsverordening Deviezenverkeer, alsmede stichtingen, stichtingen particulier fonds, trusts en verenigingen, waaraan niet een onderneming toebehoort als bedoeld in artikel 3, vijfde lid, worden ingedeeld in schaal 4 als bedoeld in artikel 14, tweede lid.

ARTIKEL XII

Deze landsverordening wordt aangehaald als: Landsverordening trust.

ARTIKEL XIII

Deze landsverordening treedt in werking met ingang van de dag na die van uitgifte van het Publicatieblad waarin de afkondiging is geschied.

Gegeven te Willemstad, 15 december 2011
A.P. VAN DER PLUIJM-VREDE

De Minister van Justitie,
E.R. WILSOE

Uitgegeven de 31ste december 2011
De Minister van Algemene Zaken,
G.F. SCHOTTE

Curriculum vitae

Katherine Filesia is geboren op 15 februari 1991 te Willemstad, Curaçao. Zij heeft aldaar haar basisschool doorlopen op het Berg Carmel College en het VWO op het Maria Immaculata Lyceum. Zij is vervolgens naar Nederland verhuisd om Rechtsgeleerdheid en Notarieel recht te studeren aan de Universiteit Leiden. Na het behalen van haar masters Rechtsgeleerdheid en Notarieel Recht heeft zij besloten om een proefschrift te schrijven over de trust. Vanaf 1 juni 2017 is zij gestart met haar onderzoek als buitenpromovenda aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Tegelijkertijd is zij als kandidaat-notaris Ondernemingsrecht begonnen bij Schaap Advocaten Notarissen. Nadien was zij werkzaam als docent Notarieel recht bij de afdeling Notarieel Recht van de Universiteit Leiden en vervolgens als Estate Planner bij Deloitte Belastingadviseurs te Rotterdam. Gedurende haar promotietraject deed zij als 'visting scholar' onderzoek over de Anglo-Amerikaanse trust aan het Institute of European and Comparative Law van de University of Oxford in het Verenigd Koninkrijk.

Thans is zij werkzaam als kandidaat-notaris Estate Planning bij BarentsKrans te Den Haag.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2021, 2022 en 2023 verschenen:

MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism – Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: – A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5

MI-371 C.M. Sandelowsky-Bosman, T. Liefaard, S.E. Rap & F.A.N.J. Goudappel, *De rechten van ongedocumenteerde kinderen in Curaçao – een gezamenlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978-94-6290-965-6

MI-372 G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk,* (diss. Leiden), Zutphen, Uitgeverij Paris bv 2021, ISBN 978 94 6251 270 2

MI-373 L. Noyon, *Strafrecht en publieke opinie. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 978 6

MI-374 F. Behre, *A European Ministry of Finance? Charting and Testing the National Constitutional Limits to EU Fiscal Integration*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-375 R. Spence, *Collateral transactions and shadow banking* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-376 B.H.M. Custers, F. Dechesne & S. van der Hof (red.), *Meesterlijk. Liber amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Jaap van den Herik,* Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-377 E. Campfens, *Cross-border claims to cultural objects. Property or heritage?*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven 2021, ISBN 978 94 6236 250 5

MI-378 S.R. Bakker, *Uitzonderlijke excepties in het strafrecht. Een zoektocht naar systematiek bij de beslissingen omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten,* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 998 4, ISBN 978 90 5189 194 2 (e-book)

MI-379 M. Gkliati, *Systemic Accountability of the European Border and Coast Guard. The legal responsibility of Frontex for human rights violations,* (diss. Leiden), Alblasserdam: Ridderprint 2021

MI-380 C.-I. Grigorieff, *The Regime for International Air Carrier Liability. To what Extent has the Envisaged Uniformity of the 1999 Montreal Convention been Achieved?,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021

MI-381 M. Stam, *Essays on Welfare Benefits, Employment, and Crime,* (diss. Leiden)

MI-382 C.M.F. Mommers, *Voluntary return and the limits of individual responsibility in the EU Returns Directive,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 583 0

MI-383 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6290 152 0

MI-384 B.L. Terpstra, *Instrumental and normative pathways to compliance. Results from field research on moped drivers,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-385 Q. Mauer, *Application, Adaptation and Rejection. The strategies of Roman jurists in responsa concerning Greek documents*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6236 291 8, ISBN (e-book) 978 90 5189 952 8

MI-386 F. Tan, *The Duty to Investigate in Situations of Armed Conflict. An examination under international humanitarian law, international human rights law, and their interplay*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-387 G.G. Lodder, *Recht doen of Recht hebben. Een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 679 0

MI-388 M. Mannan, *The Emergence of Democratic Firms in the Platform Economy: Drivers, Obstacles and the Path Ahead*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-389 A.M. Bouland, *'Please Give Me My Divorce'. An Ethnography of Muslim Women and the Law in Senegal*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-390 B.J. Braak, *Overcoming ruptures: Zande identity, governance, and tradition during cycles of war and displacement in South Sudan and Uganda (2014-9),* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-391 S.R. Varadan, *Article 5 of the UN Convention on the Rights of the Child. Parental guidance and the evolving capacities of the child*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 700 1

MI-392 J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, ISBN 978 94 6421 827 5

MI-393 D.S. Verkroost, *'Met zachte drang'. Uitgangspunten voor jeugdhulpverlening op het snijvlak van vrijwilligheid en dwang,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, ISBN 978 94 6212 735 7, ISBN 978 94 0011 197 4 (e-book)

MI-394 D. Mândrescu, *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022

MI-395 A.H.A. Mohammad, *De normering van academisch ondernemerschap. Perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023

MI-396 T.L. Masson-Zwaan, *Widening the Horizons of Outer Space Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6421 977 7

MI-397 W. Zhang, *Achieving decent work in China. A case study of decent working time*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023

MI-398 T.M. Vergouwen, *The effect of directives within the area of direct taxation on the interpretation and application of tax treaties*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023

MI-399 R. de Massol de Rebetz, *Beyond the Dichotomy between Migrant Smuggling and Human Trafficking. A Belgian Case Study on the Governance of Migrants in Transit*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023

MI-400 W. Ruijs, *Pandbelening,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2023, ISBN 978 94 0011 288 9 (e-book)

MI-401 C. Sriporm, *Franchising Legal Frameworks. A Comparative Study of the DCFR, US Law and Australian Law Regarding Franchise Contracts*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6473 088 3

MI-402 N. Amin, *State-building, Lawmaking, and Criminal Justice in Afghanistan: A case study of the prison system's legal mandate, and the rehabilitation programmes in Pul-e-charkhi prison*, (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2023

MI-403 J. Tobing, *The Essence of the 1999-2002 Constitutional Reform in Indonesia: Remaking the Negara Hukum. A Socio-Legal Study,* (diss. Leiden)

MI-404 W. Zhang, *Protection of aviation security through the establishment of prohibited airspace*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6473 103 3

MI-405 A.J. Pasma, *Re-entry support from prison-based and community-based professionals*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023

MI-406 K.R. Filesia, *Speaking the same language. De invoering van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2023