



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).

Deel I

Het Anglo-Amerikaanse trustrecht

2 | De trust naar Anglo-Amerikaans recht¹

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. Zwolve, 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. Zwolve, 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. Zwolve, 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. Zwolve, 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. Zwolve, 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. Zwolve, 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. Zwolve, 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.A.E. *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 dual rechtssysteem met een geheel aan eigen rechtsbronnen. Dit rechtssysteem 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.A.E. 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 ontwikkelingen²⁴ 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. Glistler & 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. Glistler & 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. Zwolve, C.AE. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 293-296; W.J. Zwolve, *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. Zwolve, *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 eigendomsrecht³² 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 onbegrijpelijk³⁴ – 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, ‘Patrimony 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. Glistler & 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 scharen 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. Glistler & 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 persoonlijke⁵⁹ 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 rechthebbende⁶⁰. 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 uitoefenen⁶¹, 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 ontfangen 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

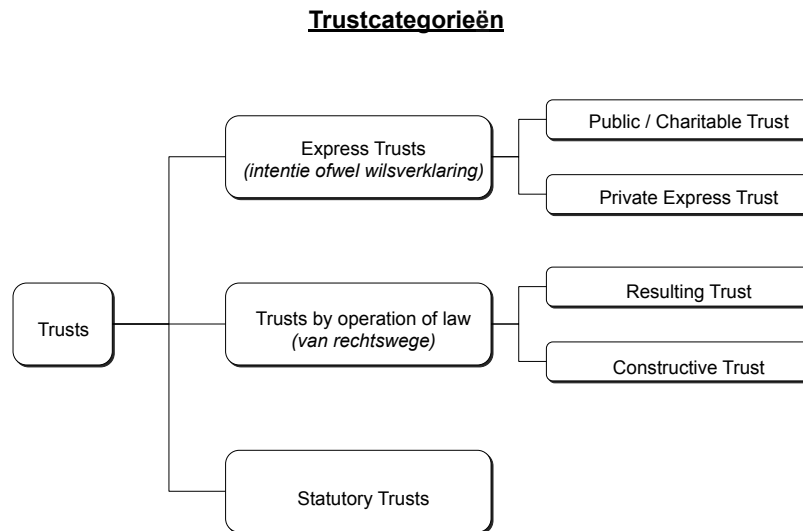
66 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 7-102 en 7-103; S. Bridge, E. Cooke & M. Dixon, *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, London: Sweet & Maxwell 2019, nr. 10-004; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*,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



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. Glistler & 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

Eenzijds 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 gelijklopend. 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.

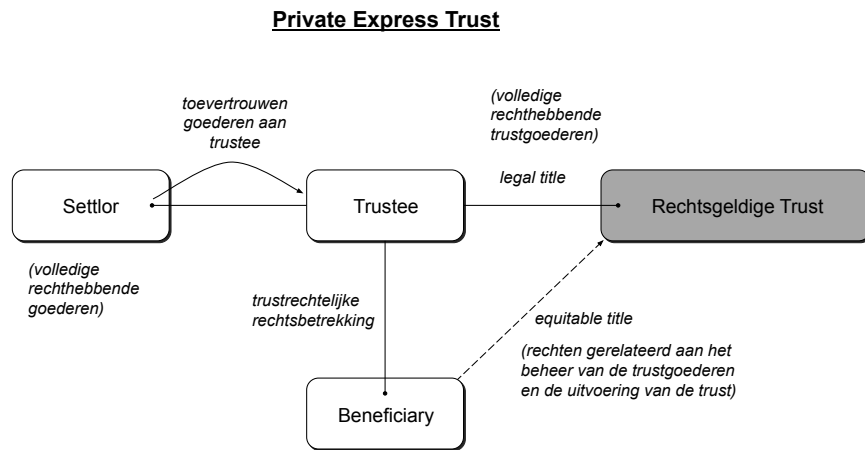
75 Zie in dit kader paragrafen 2.3.2 en 2.4.11.

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 drie⁷⁷ 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) beneficiary⁸⁴ en bepaalde bevoegdheden van de trustee⁸⁵, 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 zaaksverving 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 derde-verkrijger, 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’ trust¹¹¹

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. Glistler & 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. Glistler & 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. Glistler & 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 tweetraps-making.

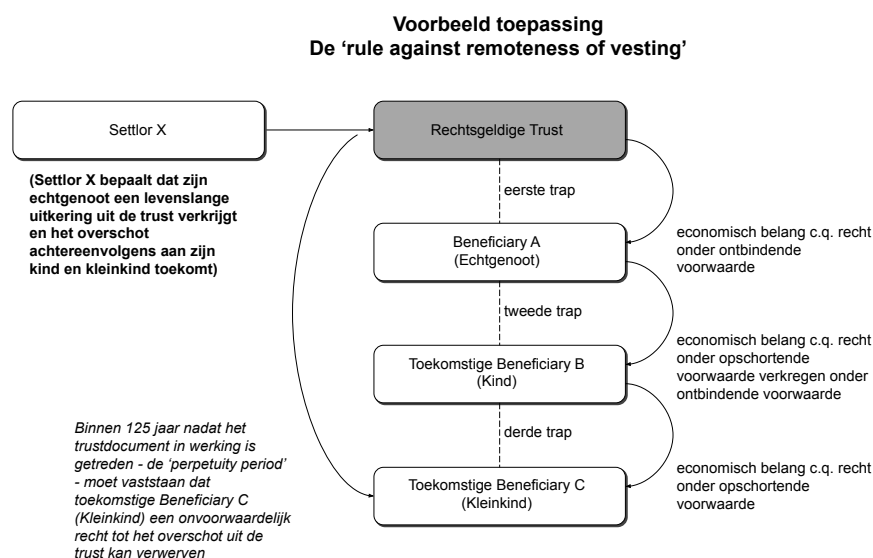
period' is verstreken.¹¹⁸ Met andere woorden: bij voorbaat moet vaststaan dat de aan de gecreëerde rechten verbonden voorwaarden, binnen de 'perpetuity period' vervuld kunnen worden, zodat alle gerechtigden onder opschortende tijdsbepaling c.q. onder opschortende voorwaarde binnen de 'perpetuity period' 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' trust¹²¹

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/m 166 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. Glistler & 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. Glistler & 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.

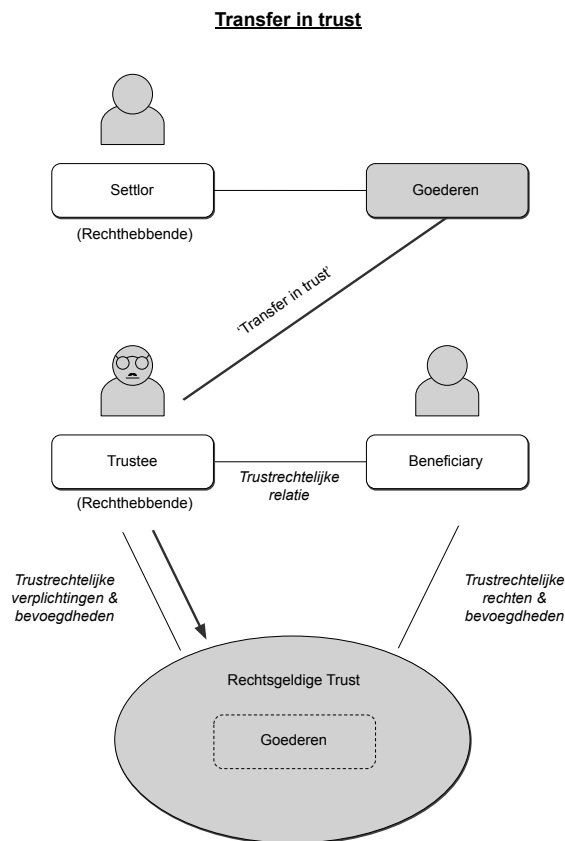
136 R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 74; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022; p. 20; C.C.J. Mitchell, P.B. Matthews & D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law 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. Zwolve, C.A.E. 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. Zwolve, C.A.E. 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.

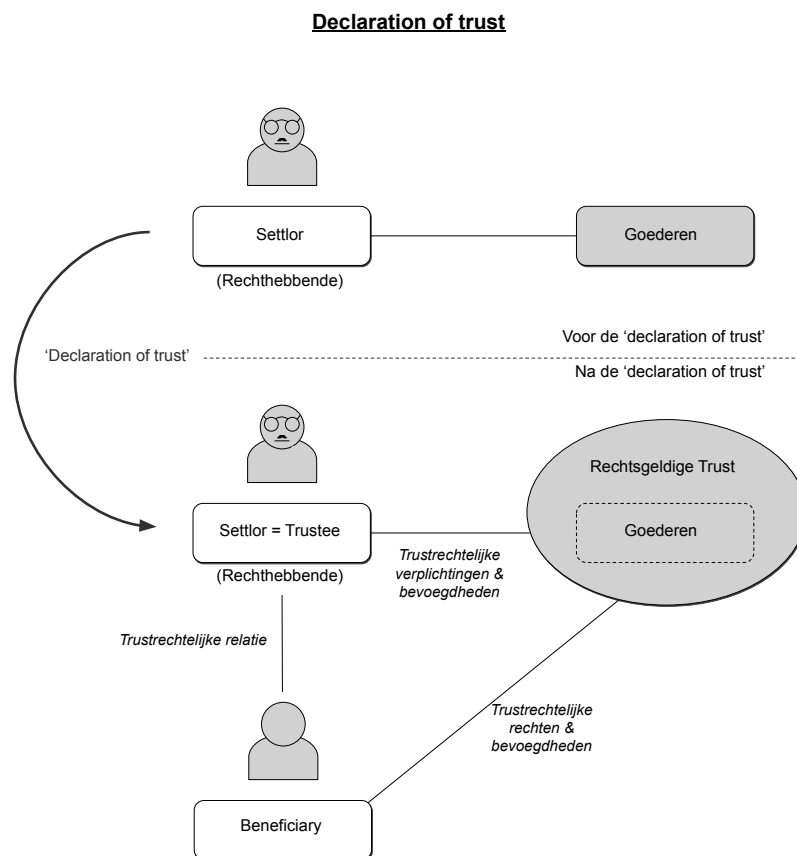
142 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 136; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 144; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 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:



145 P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 144-145; J. Glistler & 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 (*les: 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 trustee. 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.; J. 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 toekomstige¹⁶⁹ 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 sub-trust.

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. Glistler & 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. Glistler & 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. Glistler & 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. Glistler & 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. Glistler & 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. Glistler & 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 trustee.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 beneficiary¹⁹⁰ 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 handlingsbekwaam 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 beneficiary²¹³

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 die 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 (*Saunders 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 trust²³⁴

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 Commission²⁴⁷.²⁴⁸ 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. Glistler & 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. Glistler & 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 trustrecht²⁵⁸

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. Glistler & 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 context²⁶¹ 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 20^e 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 maintenance, 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 aangewezenen precies verkrijgt.²⁷⁶ De aangewezenen 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 trusts²⁷⁸

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-fiduciary’ 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 teruglevering. 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 power²⁸⁸ – 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.

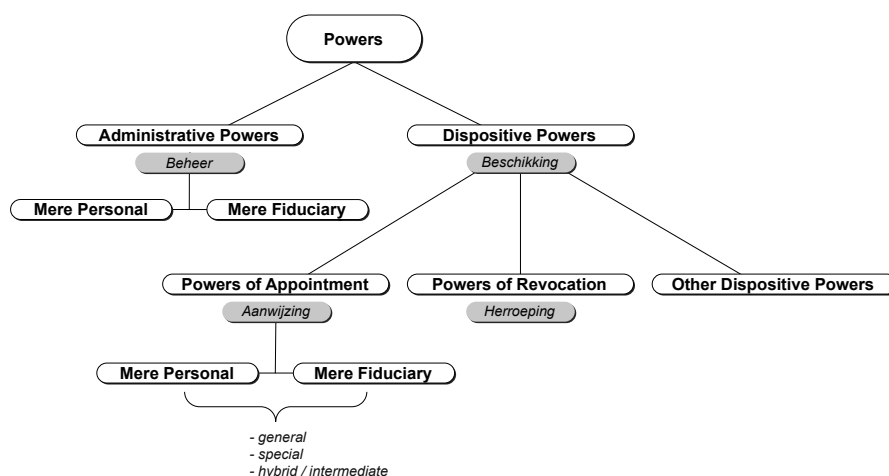
287 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 69; J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 259; G. Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 24-35; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford 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' powers²⁹²

'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 wilsbeschikking²⁹³, 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 verkrijging²⁹⁹ 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 uitoefening 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 gelijklopend 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. Glistler & 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. Glistler & 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. Glistler & 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.

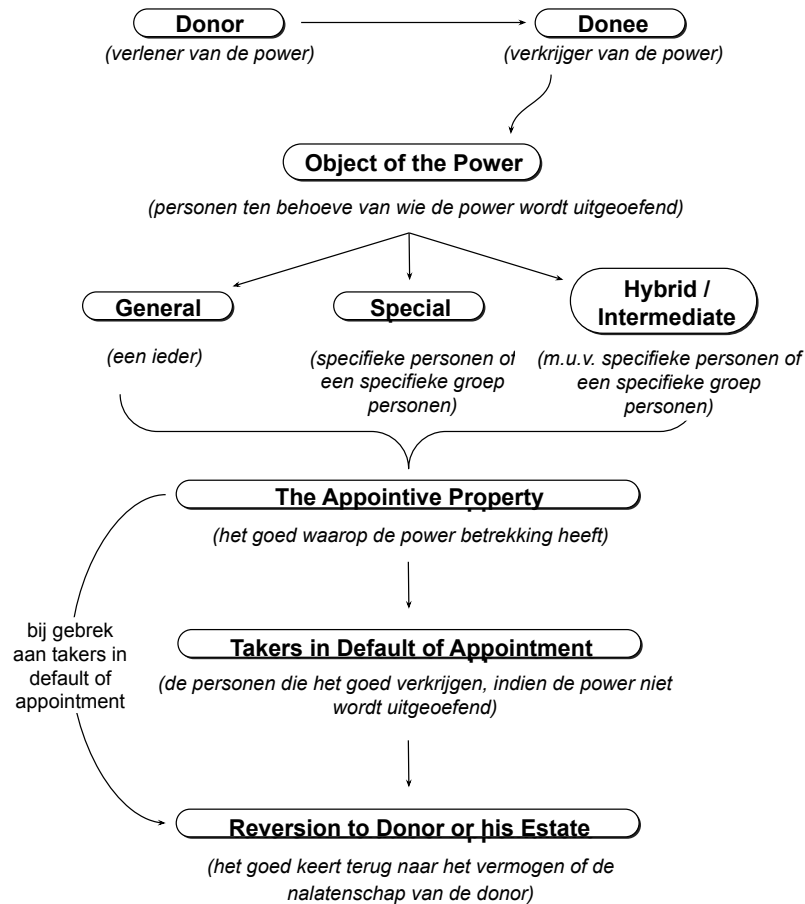
5.6.5 De verkrijging 'in default of appointment'

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, J.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 Merrill 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 Mevduatı Sigorta Fonu v Merrill 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 recht-hebbende 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 Zwolve 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. Zwolve, C.A.E. 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 beneficiaries', *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.

<i>Trust</i>	<i>Power</i>
Verplichting <i>trustee</i>	Beslissingsvrijheid <i>donee</i>
<i>Trustee</i> is de volledige rechthebbende van de trustgoederen en heeft de formele beschikkingsmacht	<i>Donee</i> 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 <i>donee</i> 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 <i>trustee</i> blijft de trust bestaan en kan een nieuwe <i>trustee</i> worden benoemd	Bij het overlijden van de <i>donee</i> vervalt de power in beginsel wanneer de <i>donee</i> niet is overgegaan tot de uitoefening ervan
Bij het overlijden van één of meer <i>trustees</i> aan wie trustgoederen zijn toevertrouwd, blijft/blijven de overgebleven <i>trustee(s)</i> ten aanzien van de trust bevoegd	Bij het overlijden van één of meer <i>donees</i> 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 <i>trustee</i> beheert het trustfonds	De <i>donee</i> 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 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.

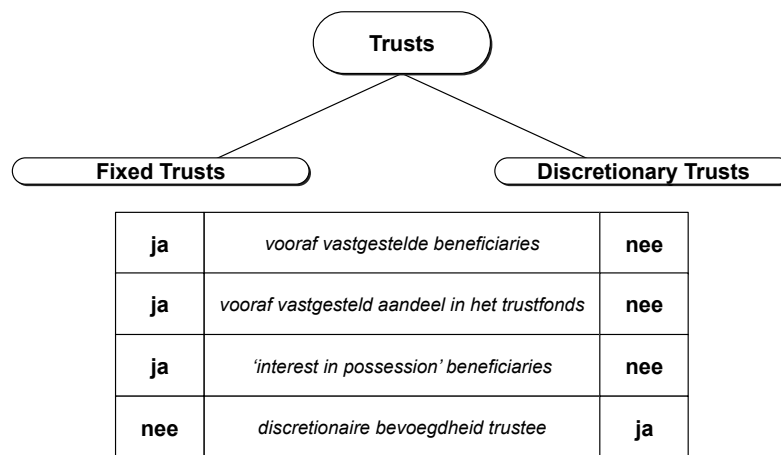
363 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 51-52; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 67-68; J. Glistler & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 83-84 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. Glistler & 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:



* 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 trusts³⁶⁸

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 beneficiaries', *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. Zwalfve, C.A.E. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 368. Zwalfve'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 voortvloeiend uit de discretionary trust.

de aangewezen personen die in aanmerking komen voor de verkrijging van desbetreffende trustgoederen. Gezien het subtiële 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.

'Mere Personal' Power	'Mere Fiduciary' Power	Discretionary Trust
volledige vrijheid tot het al dan niet uitoefenen v/d power	beperkte vrijheid tot het al dan niet uitoefenen v/d power	géén vrijheid tot het al dan niet uitoefenen v/d discretie
bijzonderheid: geen beperking	bijzonderheid: duty to consider	bijzonderheid: duty to consider + duty to appoint

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 subtiel 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 afdwongen.

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 handelsbekwaam 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 afdgedwongen. 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.

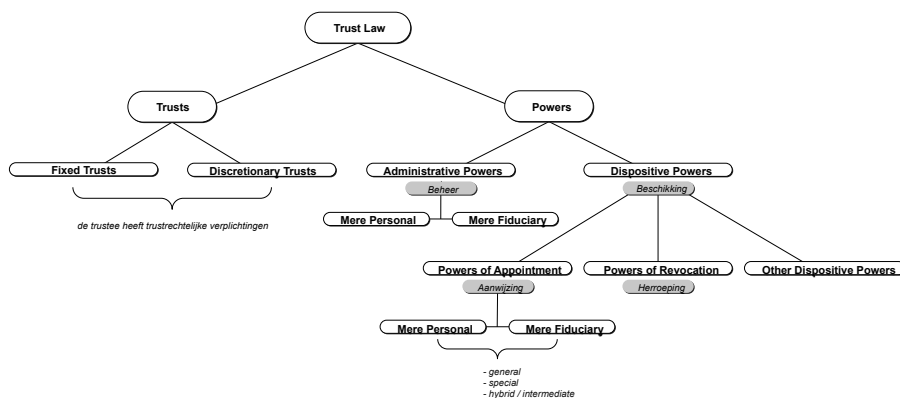
393 *McPhail v Doulton* [1971] AC 424; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 433; D.J. Hayton, ‘The irreducible core content of trusteeship’ in: A.J. Oakley, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 49.

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. Glistler & 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

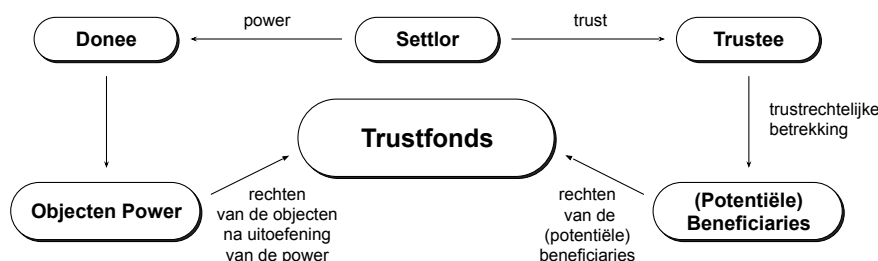
De continentale jurist zou in casu kunnen denken dat de *donee* – gelet op het feit dat (potentiële) beneficiaries binnen het trustrecht sterke rechten hebben – bij de uitoefening van zijn power de rechten van de (potentiële) beneficiaries in aanmerking dient te nemen. In bepaalde gevallen kan zich zelfs 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.