



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 II

Het Curaçaose trustrecht

3 | De trust naar Curaçaos recht

1 INLEIDING

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

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

2 DE CURAÇAOSE WETGEVING EN DE STAATKUNDIGE STRUCTUUR

2.1 De historische achtergrond en het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden¹

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

¹ Voor een uitgebreide geschiedenis over en uiteenzetting van dit onderwerp zie onder andere: A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 55-85; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 33-46, p. 49-66 en de aldaar besproken literatuur; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1-18; L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009; J.M. Saleh, *50 jaar Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden: in vrijheid en verscheidenheid verbonden of tot elkaar veroordeeld* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2006; A. Van Romondt e.a. (red.), *Gedenkboek 50 jaar statuut: een Koninkrijksbundel*, Zutphen: Walburg Pers 2005; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003; P.C. Verdon & P.J.A. Ter Hoeven, *Politieke dynamiek en dekolonisatie: de Nederlandse Antillen tussen autonomie en onafhankelijkheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1977.

overzeese gebieden die destijds door Nederland werden bestuurd, waaronder Curaçao, in verzet om een wijziging van de staatkundige verhoudingen te bewerkstelligen.² Mede naar aanleiding van de druk van de internationale gemeenschap begonnen tussen Nederland, de (voormalige) Nederlandse Antillen en Suriname onderhandelingen over een mogelijke hervorming van de staatkundige verhoudingen. Het onderhandelingsproces werd officieel op 15 december 1954 afgesloten met het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden (*hierna: het Statuut*) als sluitstuk.³ Met de ondertekening van dit document werden de Nederlandse Antillen die toentertijd bestonden uit Curaçao, Bonaire, Aruba, Sint Maarten, Saba en Sint Eustatius, als een autonoom land binnen het Koninkrijk geboren.

2.2 De ontmanteling van de Nederlandse Antillen

De (voormalige) Nederlandse Antillen zijn vanaf de inwerkingtreding van het Statuut een autonoom land met een eigen regering binnen het Koninkrijk der Nederlanden (*hierna: het Koninkrijk*) geweest.

De (voormalige) Nederlandse Antillen hebben een rijke geschiedenis gekend van ruim 56 jaar. Sinds de inwerkingtreding van het Statuut in 1954 tot 1986 is Aruba onderdeel geweest van de (voormalige) Nederlandse Antillen.⁴ Op 1 januari 1986 heeft Aruba een aparte status gekregen en sedertdien functioneert het als zelfstandig land binnen het Koninkrijk.⁵

Van 1986 tot 10 oktober 2010 hebben de eilanden Curaçao, Bonaire, Sint Maarten, Saba en Sint Eustatius de Nederlandse Antillen gevormd. Onder andere wegens bestuurlijke en financiële onenigheden tussen de eilanden is

2 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 59-61; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 37-38; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1-5; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 14-15; L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009, p. 97-98.

3 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 61 en p. 121-122; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 38; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 5-7; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 14; L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009, p. 98-99.

4 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 122; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 38-39; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 8-10. Zie ook: A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 62-68.

5 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 68 en p. 122; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 39; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9.

de staatkundige herstructurering binnen het Koninkrijk op gang gebracht.⁶ Het echte ontmantelingsproces begon echter al na 2004, nadat alle eilanden van de Antillen via referenda over hun staatkeuze hadden beslist. De ontmanteling van de Nederlandse Antillen voltrok zich officieel op 10 oktober 2010 en betekende het einde van de Nederlandse Antillen.

Curaçao en Sint Maarten zijn landen binnen het Koninkrijk geworden met ieder een autonome status. De eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba, tezamen officieel Caribisch Nederland, doch kortweg aangeduid als de BES-eilanden, zijn openbare lichamen geworden van Nederland en genieten een bijzondere status als gemeente.⁷

Thans bestaat het Koninkrijk aldus uit de landen Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten.⁸

2.3 Het concordantiebeginsel in het Statuut

Sedert zijn totstandkoming in 1954 regelt het Statuut de staatsrechtelijke betrekkingen en aangelegenheden binnen het Koninkrijk.⁹ Het Koninkrijk kenmerkt zich door een bijzondere rechtsorde, die gegrond is op de pijlers vrijheid, gelijkwaardigheid en verbondenheid.¹⁰ Ieder land binnen deze rechtsorde kent een eigen bestuurssysteem dat gebaseerd is op de parlementaire democratie en draagt zorg voor zijn eigen aangelegenheden. Een aantal collectieve belangen en rechten worden op voet van de eerdergenoemde pijlers, behartigd en gewaarborgd door het Koninkrijk.¹¹

Een grondbeginsel dat van belang is voor de privaatrechtelijke wetgeving is het zogenoemde concordantiebeginsel, neergelegd in artikel 39 van het Statuut. Dit beginsel bepaalt dat onder andere het burgerlijk en handelsrecht binnen de landen van het Koninkrijk “zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze wordt geregeld”.¹² Met andere woorden, de landen dienen ondanks hun ver-

6 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 75-82; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 39-43; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 10-18.

7 Art. 132a Gw; A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 123-127.

8 Art. 1 Statuut; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 77-79.

9 Art. 3 Statuut.

10 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 121-122 en p. 132-133; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 49-50; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 23-25; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 18.

11 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 145-148; L.J.J. Rogier, *Beginselen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 56-59; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 23-25; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 18 en 27.

12 Art. 39 lid 1 Statuut.

schillende economische en maatschappelijke achtergronden, onder meer het privaatrecht op Koninkrijksniveau te harmoniseren.¹³ Voor het trustrecht kan het concordantiebeginsel zeker een belangrijke rol spelen bij de introductie van de trustfiguur in het Nederlandse rechtssysteem.¹⁴

2.4 De invoering van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (en later Curaçao)

De voorloper van de Nederlandse Antillen, toentertijd Curaçao en de Onderhorigheden¹⁵ genaamd, kende reeds in de tweede helft van de 19^e eeuw een eigen codificatie van het privaatrecht. Dit Burgerlijk Wetboek heeft zijn intrede gedaan op 1 mei 1869 en was nagenoeg gelijklopend aan het in 1838 ingevoerde Nederlandse Burgerlijk Wetboek.¹⁶ Door de grote invloed die het Franse recht had op het toenmalige Nederlandse Burgerlijk Wetboek en het hanteren van de Code Civil van 1804 als groot voorbeeld bij zijn totstandkoming, heeft het toenmalige wetboek van 1869 ook deze invloeden meegekregen.¹⁷

Als gevolg van talrijke rechtsontwikkelingen op het gebied van het burgerlijk recht en de toenemende discrepantie tussen de codificatie en gewijzigde maatschappelijke opvattingen, werd in Nederland in de tweede helft van de 20^e eeuw het project tot het samenstellen van een Nieuw Burgerlijk Wetboek in gang gezet.¹⁸ Uit praktische overwegingen besloten de Nederlandse Antillen evenals Nederland, over te gaan tot herziening van het burgerlijk recht.¹⁹ Om het plan te realiseren werd er een Nederlands-Antilliaanse Commissie herziening Burgerlijk Wetboek ingesteld die als taak had een Burgerlijk Wet-

13 A.B. Van Rijn, *Handboek Caribisch staatsrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 198-201; L.J.J. Rogier, *Beginnelen van het Curaçaose Staatsrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 17-18; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 193-198; M. Nap, *Wetgeving van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zutphen: Walburg Pers 2003, p. 103-104. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 1.6.

14 Zie voor dit punt hoofdstuk 5.

15 Van 1854 tot 1936 werden de voormalige Nederlandse Antillen, Curaçao en de Onderhorigheden genoemd. Voor een uiteenzetting van deze periode zie L. Dalhuisen e.a., *Geschiedenis van de Antillen*, Zutphen: Walburg Pers 2009, p. 94-95.

16 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 7.

17 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 7.

18 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 8-9.

19 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 9. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 1.5.

boek gelijksoortig aan het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek te ontwerpen, rekening houdend met de plaatselijke cultuur en de maatschappelijke opvattingen.²⁰

De vernieuwing van het Nederlands-Antilliaanse Burgerlijk Wetboek werd in twee fasen volbracht. De eerste fase van het project omvatte de invoering van Boek 1 (personen – en familierecht) op 1 januari 2001, gevolgd door de Boeken 3,5,6,7 en 8 (vermogensrecht) op 15 januari 2001 en tot slot Boek 2 (rechtspersonenrecht) op 1 maart 2004.^{21/22} De tweede fase van het vernieuwingsproces liet lange tijd op zich wachten als gevolg van de gebeurtenissen rondom het ontmantelingsproces van de (voormalige) Nederlandse Antillen. Als autonoom land koos Curaçao voor de voortzetting van het herzieningsproject. De overige wijzigingen – zoals de invoering van het nieuwe erfrecht en de aangebrachte wijzigingen en aanvullingen in de overige boeken van het BWC – zijn op 1 januari 2012 in werking getreden.²³

2.5 De ontwikkeling van de trustwetgeving in het Curaçaose recht

Door zijn gunstige ligging in het Caribisch gebied heeft Curaçao in de vorige eeuw een brede internationale financiële sector, met name de offshore-praktijk, opgebouwd en heeft het voor lange tijd als financieel centrum gefungeerd.

De discussie omtrent het voornemen tot de invoering van de trustfiguur in het Curaçaose recht is voor het eerst in de tweede helft van de twintigste eeuw op gang gebracht. Door de opkomst van de (voormalige) Nederlandse Antillen als belastingparadijs en de belangstelling destijds voor de trustfiguur, verscheen in de daaropvolgende jaren een reeks wetsontwerpen die waren opgesteld door een aantal lokale en Nederlandse rechtsgeleerden.²⁴ Het debat

20 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 9. Zie ook: J.P. de Haan, 'Vreemd recht. Enkele opmerkingen over Nederlands-Antilliaans recht n.a.v. het 50-jarig bestaan van het concordantiebeginsel', in: A.C. van Romondt e.a. (red.), *Gedenkboek 50 jaar Statuut*, Walburg Pers, Zutphen, 2005, p. 137.

21 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek Tekst en toelichting op het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 11.

22 Per 1 januari 2021 zijn een aantal ingrijpende wijzigingen doorgevoerd in Boek 2 BWC. Zie hiervoor: Landsverordening nadere wijziging Boek 2 BW, *Publicatieblad* 2020, nr. 163.

23 J.P. de Haan, 'De overgangswetgeving en de geldende wetgeving van Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden in verband met de opheffing van de Nederlandse Antillen', *WPNR* 2011/6898, p. 694-697. Zie voor een analyse van deze wijzigingen: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019.

24 Zie ook: M.L. Alexander, 'Kanttekeningen inzake drie wetsontwerpen tot invoering van de common law trust in de Nederlandse Antillen' in: W. Broomhaars & T.R. Hidma (red.), *Samenleven. Samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijftigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983, p. 1-11; MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer:

inzake de wenselijkheid van een eigen trustwetgeving werd met de inwerking-treding van het Haagse Trustverdrag in Nederland opnieuw aangewakkerd en is in toenemende mate van betekenis geworden door de komst van het zogeheten Nieuw Fiscaal Raamwerk (NFR) op fiscaal gebied.²⁵ De afname van het aantal offshore-vennootschappen in de afgelopen jaren heeft ertoe geleid dat de Curaçaose wetgever naar instrumenten heeft gezocht om de Curaçaose economie een stimulans te geven en het land weer als aantrekkelijk internationaal financieringscentrum de belastingconcurrentie te laten aangaan.²⁶ Ter bevordering hiervan en vanwege de dominante positie van de rechtsfiguur trust in de internationale financieringswereld, heeft de Curaçaose wetgever naast de invoering van het NFR op fiscaal niveau, al in 1998 een trustachtige rechtsfiguur in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd, de zogeheten stichting particulier fonds (SPF).²⁷ In vervolg op de introductie van de trustachtige SPF in 1998 verlangde de Curaçaose wetgever naar een volwaardige eigen trustwetgeving. Hieraan lag ten grondslag het feit dat de trustfiguur al een vertrouwde en bekende juridische constructie was in de internationale financiële wereld. Als gevolg hiervan zou de trust als aantrekkelijk financieel product in de internationale financieringspraktijk kunnen worden gepresenteerd en zou de wetgever op deze wijze de buitengaats sector kunnen steunen.²⁸

Kluwer 2019, par. 4.71; M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 809-810.

25 In 2001 is het Nieuw Fiscaal Raamwerk (NFR) in de voormalige Nederlandse Antillen, waaronder Curaçao, geïntroduceerd en omvat ingrijpende wetswijzigingen en de hervorming van het Nederlands-Antilliaanse fiscale stelsel. Deze introductie is het gevolg van een aantal internationale ontwikkelingen omtrent het tegengaan van belastingontwijking (anti-misbruik belastingmaatregelen in het Westen) en het wereldwijd bevorderen van eerlijke belastingconcurrentie. Door de afname van de offshore-praktijk in de laatste jaren, is er getracht om onder andere via het NFR, de Nederlands-Antilliaanse economie te stimuleren en de inkrimpende offshore-praktijk te versterken. Het oude fiscaal regime dat voor 2001 toepasselijk was op buitenlandse vennootschappen in de financiële sector is met de introductie van het NFR per 1 januari 2002 afgeschaft. Echter, het eerdergenoemde regime werd voor een aantal oude 'offshore companies' via de overgangsregeling van het NFR tot 2019 gehanteerd. Zie hiervoor: S.R. Vanenburg & A. Kattouw, *Het Nieuw Fiscaal Raamwerk op de Nederlandse Antillen – De Antillen als nieuwe vestigingsplaats voor de internationale financiële dienstensector*, Deventer: Kluwer 2002, p. 7-12 en 81-83.

26 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 816-817.

27 In de internationale financieringswereld staat de SPF bekend als 'The Private Foundation'.

28 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1-2; M.L. Alexander, 'Kanttekeningen inzake drie wetsontwerpen tot invoering van de common law trust in de Nederlandse Antillen' in: W. Breemhaar & T.R. Hidma (red.), *Samenleven. Samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983, p. 2. Zie ook: J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 4.71; M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 816; J.W.M. Theseling, 'De Antilliaanse Trust', *WPNR* 1999/6356, p. 340-345.

De Curaçaose trustwetgeving is na een voorbereidingsperiode van tien jaar op 1 januari 2012 in werking getreden. Met deze invoering is Curaçao als eerste land binnen het Koninkrijk een koploper wat betreft het trustrecht en is Curaçao de moeilijke uitdaging op dit gebied aangegaan.

2.6 Het ontbreken van het fiduciaverbod in het Curaçaose recht²⁹

Bij de introductie van het nieuw Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (BWNA) heeft de toenmalige wetgever, in tegenstelling tot het Nederlandse recht, een economische benadering gekozen inzake het fiduciaverbod. De Curaçaose (*lees*: Nederlands-Antilliaanse) wetgever heeft destijds geopteerd om de invoering van dit verbod achterwege te laten, teneinde een negatieve impact op de Curaçaose positie in het internationale financieringsverkeer te voorkomen en meer financieringswijzen mogelijk te maken.³⁰ Het gevolg hiervan is dat het fiduciaverbod geen beletsel vormt voor de werking van de Curaçaose trust. In het Curaçaose goederenrecht bestaat de fiduciaire eigendomsoverdracht aldus voort naast het wettelijk stil pandrecht.

29 Het fiduciaverbod is neergelegd in artikel 3:84 lid 3 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek en heeft betrekking op de twee titels die bij eigendomsoverdracht door de wet ongeldig zijn verklaard. De eerste titel die door de wet als ongeldig wordt aangemerkt, is de eigendomsoverdracht ten titel van verhaal (*fiducia cum creditore*). De tweede titel die als ongeldig wordt beschouwd heeft betrekking op de eigendomsoverdracht ten titel van beheer (*fiducia cum amico*). Zie voor een uiteenzetting van het fiduciaverbod o.a.: Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 113 en 113a; H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties*, Bju 2019, p. 117-122; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 94-102; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 276 t/m 278; M.H.E. Rongen, *Cessie (Onderneming en recht nr. 70)*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk VII; W.H.M. Reehuis, *Overdracht (Monografieën BW nr. B6a.)*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 8.

30 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 742-745; J. De Boer, *Het nieuw BW overzee*, Deventer: Kluwer 2019, par. 4.68. Zie ook: F.B.M. Kunneman, 'De rechtspositie van de fiduciair gerechtigde naar nieuw Nederlands-Antilliaans burgerlijk recht', *WPNR* 1999/6356, p. 350-357; J.F.M. Janssen, 'Revival van de zekerheidsoverdracht?', *WPNR* 2005/6610, p. 133-143.

3 DE CURAÇAOSE TRUST³¹

3.1 De Curaçaose trust in het algemeen³²

3.1.1 De achtergrond van de trustwetgeving

De Landsverordening Trust³³ is op 1 januari 2012 op Curaçao van kracht geworden. De huidige trustwetgeving vindt haar oorsprong in het Anglo-Amerikaanse trustrecht en het Haagse Trustverdrag³⁴, alsmede in de door geleerden ontwikkelde 'European Principles of Trust Law'.³⁵ Alhoewel voor de Curaçaose trustwetgeving inspiratie ontleend is aan het Haagse Trustverdrag, is Curaçao tot heden geen partij bij dit verdrag.^{36/37}

De Curaçaose trustregeling is vervat in titel 3.6 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (*hierna: BWC*) en bestaat uit 36 artikelen. De bepalingen van de trustwetgeving zijn grotendeels van regelend recht en het algemene goederenrecht is in beginsel naast de bepalingen van deze titel van toepassing.

De Curaçaose wetgever heeft bij de inrichting van een eigen trustwetgeving uitsluitend gekozen voor de introductie van de 'express' trust. Aan deze bewuste keuze ligt het feit ten grondslag dat de wetgever ervan uit is gegaan, dat er in de praktijk minder animo bestaat voor andere trustvormen en dat de 'express trust' betere aansluiting vindt bij het continentaal rechtssysteem.³⁸

31 Aertsen heeft in zijn dissertatie en in een artikel het toentertijd aanhangige wetsvoorstel betreffende de invoering van de trust in het Nederlands Antilliaanse recht in grote lijnen besproken en heeft te kennen gegeven dat hij daarover een positief oordeel heeft. Dat wetsvoorstel is op enkele kleine punten na, gelijklopend aan de thans vigerende trustwetgeving in het Curaçaose recht. Anders dan in de uiteenzetting van Aertsen wordt de Curaçaose trust in dit hoofdstuk onderworpen aan een kritische beschouwing. Zie de bespreking van Aertsen: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 193 e.v.; D.W. Aertsen, 'De introductie van de trust in het Nederlands-Antilliaanse recht', *GROM* 2002/19.15, p. 15-45.

32 In de volgende paragrafen wordt voornamelijk de instelling van een trust ten behoeve van één of meer (potentiële) begunstigden uiteengezet. In paragraaf 3.3.10 zal dieper op de instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel worden ingegaan.

33 Landsverordening Trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67.

34 Nederland is sinds 1 februari 1996 partij bij het Haagse Trustverdrag.

35 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1. Zie ook: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 13-20 en p. 29-64.

36 <https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/000066#Koninkrijk>.

37 Vanwege het voornemen van Curaçao om een eigen trustwetgeving in het leven te roepen, had de wetgever in de periode voorafgaand aan de introductie van de trustwetgeving besloten om af te zien van de toetreding tot dit verdrag. Wel bestaat het voornemen om in de toekomst een Landsverordening conflictenrecht trusts in te voeren, teneinde medegelding van het Haagse Trustverdrag te bewerkstelligen. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1; M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*,

3.1.2 De omschrijving en het wezen van de Curaçaose trust

Voor wat betreft de omschrijving van een trust in het Curaçaose recht, heeft de wetgever aansluiting gezocht bij art. 2 van het Haagse Trustverdrag (*hierna: HTV*).³⁹ Ingevolge art. 3:127 lid 1 BWC doelt de trust op:

“rechtsbetrekkingen die bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer een trustee rechthebbende op goederen is of wordt ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel.”

Hieruit volgt dat er bij de instelling van de Curaçaose trust een keuze kan worden gemaakt voor een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel (een ‘purpose’ of ‘charitable’ trust) of een trust ten bate van één of meer (potentiële) begunstigden (een ‘private express’ trust) en berust de instelling van de trust op een daartoe strekkende rechtshandeling van de insteller.

Hoewel de Curaçaose wetgever zich niet expliciet uitlaat over het wezen van de trust, heeft de rechtshandeling tot de instelling van de trust in het Curaçaose trustrecht mijns inziens tot gevolg dat een trustverband over een aantal door de insteller van de trust aangewezen goederen in het leven wordt geroepen.^{40/41} Wat de precieze strekking van het trustverband is, is afhankelijk van hetgeen is neergelegd in de trustakte. Gelijktijdig met de totstandkoming van de trust en daarmee de vaststelling van de strekking van het trustverband, ontstaat mijns inziens – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – van rechtswege een fiduciaire rechtsverhouding, de trustrechtelijke rechtsverhouding, tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde. De strekking van

Den Haag: Bju 2016, p. 815-816. Het is mij echter een raadsel waarom de Curaçaose wetgever tot heden – ondanks zijn voornemen – geen geschreven regels op het gebied van het internationaal en interregionaal trustrecht heeft ontwikkeld en geïntroduceerd, mede gelet op het feit dat de Curaçaose trustwetgeving gericht is op de internationale financiële gremia en de Curaçaose trust hierdoor deel zal nemen aan het internationale rechtsverkeer. Daarnaast zullen Anglo-Amerikaanse trusts – vanwege de ligging van Curaçao op het continent Amerika, de gunstige Curaçaose wetgeving, het feit dat Curaçao onderdeel is van het Koninkrijk en daarmee aantrekkelijk is voor cliënten uit ‘common law’ landen – ongetwijfeld in aanraking komen met de Curaçaose rechtssfeer. Vgl. voorts: K.R. Filesia, ‘De Curaçaose trust in het Nederlandse recht’, *WPNR* 2018/7191, p. 355-358; H.Th.M Burgers, ‘De erkenning van de Curaçaose trust in het Nederlandse recht’, *WPNR* 2018/7206, p. 678-680; K.R. Filesia, ‘Naschrift’, *WPNR* 2018/7206, p. 680-682.

38 Zie ook: J. de Boer, ‘De trust naar Curaçaos recht’, *WPNR* 2012/6926, p. 287 en art. 3 HTV.

39 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5.

40 Zie voor de beschrijving door de wetgever van de trustee’s verhouding tot de trustgoederen: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2 en art. 3:127 lid 2 sub c BWC. Vgl. ook: J. de Boer, ‘De trust naar Curaçaos recht’, *WPNR* 2012/6926, p. 287.

41 Het trustverband heeft derhalve goederenrechtelijk effect. In vergelijkbare zin: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 207; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 81 en p. 88-89.

het trustverband bepaalt derhalve de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan de ontstane trustrechtelijke rechtsbetrekking.

Het trustverband dat de instelling van de trust heeft teweeggebracht, brengt ook in het geval van de Curaçaose trust met zich mee dat beheersverplichtingen voor de trustee in het leven worden geroepen en beheersbevoegdheden aan hem worden verleend, en aan (potentiële) begunstigden van de trust rechten, bevoegdheden en remedies worden toegekend in het kader van het beheer en de uitvoering van de trust door de trustee.⁴² Er vindt in casu een splitsing van macht en belang plaats, waarbij de formele beschikkingsmacht van de trustgoederen toekomt aan de trustee en de (potentiële) begunstigde een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – en afhankelijk van de strekking van het trustverband een economisch belang – verwerft.⁴³

Het is naar mijn mening evenwel niet duidelijk waarom de ruime definitie van de trust die het HTV hanteert teneinde te bepalen of een bepaalde rechtsfiguur onder de reikwijdte van het HTV valt, in het materiële Curaçaose trustrecht is overgenomen. Een verklaring hiervoor wordt in de memorie van toelichting helaas niet gegeven. Dat het HTV een definitie geeft teneinde te bepalen welke rechtsfiguren op grond van het bepaalde in lid 2 onder de reikwijdte van het HTV vallen – en derhalve als een verdragstrust worden aangemerkt – hoeft niet te betekenen dat er daadwerkelijk sprake is van een trust die in het materiële recht als zodanig wordt aangemerkt.⁴⁴ De ruime definitie van de trust in het HTV is – anders dan het doel en de strekking die de wetgever met de Curaçaose trust voor ogen heeft – geformuleerd met het oog op de bepaling van het toepasselijk recht op trusts en de erkenning van niet enkel Anglo-Amerikaanse trusts en trusts die in landen met een continentaal rechtssysteem voorkomen, doch ook trustachtige figuren die aan de genoemde eisen van het HTV voldoen.⁴⁵ In het laatste geval betreft het derhalve rechtsfiguren die normaliter niet als trust kwalificeren, doch enkel voor de toepassing van het HTV als verdragstrust worden aangemerkt. Het risico van het gebruik van een dergelijke ruime definitie in het materiële Curaçaose trustrecht is dat theoretisch gezien alle trustachtige figuren die voldoen aan de door de wetgever gehanteerde definitie, onder de reikwijdte van titel 3.6 BWC kunnen vallen. Men denke bijvoorbeeld aan de niet in de wet geregelde figuur van de fiduciaire eigendomsoverdracht. In die gevallen zou de discussie kunnen ontstaan of een fiduciaire eigendomsoverdracht aan de voorwaarden

42 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2; art. 3:127 lid 2 sub c BWC; art. 3:135 BWC; art. 3:154 BWC; art. 3:156 lid 3 BWC.

43 Vgl. MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2.

44 Zie ook: M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 56-57.

45 M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 56-57. Vgl. ook: X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 573a en 579.

die titel 3.6 BWC stelt aan een trust dient te voldoen, gelet op het gegeven dat deze figuur onder de definitie van artikel 3:127 lid 1 BWC zou kunnen vallen en derhalve als zodanig kan worden aangemerkt. Teneinde dergelijke complicaties te voorkomen en de definitie van de trust in het Curaçaose recht goed tot haar recht te laten komen, is een scherpere formulering van de trust zonder meer gewenst. In paragraaf 4.3.1 zal hiervoor een oplossing worden aangedragen.

3.1.3 Het gebruik van de termen 'legal interest' en 'equitable interest'

Ter uitdrukking van de splitsing van macht en belang in het Curaçaose trustrecht die de instelling van de trust en daarmee het trustverband tot stand heeft gebracht, hanteert de wetgever in de memorie van toelichting voor de Anglo-Amerikaanse termen 'legal' en 'equitable' interest, de begrippen 'juridische en economische eigendom'. Dit, ondanks het feit dat hij zelf aangeeft dat deze begrippen – op grond van interpretatieverschillen tussen het Anglo-Amerikaanse en het Curaçaose rechtssysteem – niet letterlijk kunnen worden vertaald.⁴⁶ Dit kan tot verwarring leiden bij de continentale jurist.⁴⁷ Naar mijn mening moeten – vanwege het goederenrechtelijke karakter van het trustverband dat op de goederen rust – de begrippen 'juridische en economische eigendom' in het kader van het Curaçaose trustrecht, in het bijzonder ter zake van de beschrijving van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde, te allen tijde worden vermeden. De termen 'legal' en 'equitable' interest zijn niet gelijkwaardig zijn aan de begrippen 'juridische en economische eigendom'. Het gebruik van deze begrippen doet derhalve afbreuk aan de ware betekenis van de 'legal interest' en de 'equitable interest'.⁴⁸

3.2 De belangrijkste kenmerken van de Curaçaose trust

Evenals de Anglo-Amerikaanse trust, typeert de Curaçaose trust zich door een aantal fundamentele eigenschappen. De Curaçaose wetgever heeft de eigenschappen die van belang zijn voor het bestaan van de trustfiguur, geheel aan het Anglo-Amerikaanse trustrecht en het HTV ontleend.⁴⁹ Eén van de

46 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2-3. Vgl. ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law and equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 53-54 en p. 58 e.v.

47 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2-3. Zie in dit kader ook paragraaf 5.2.3, waarin wordt besproken waarom de aanduiding van het recht van de begunstigde (de 'equitable' interest) als economische eigendom een misvatting is.

48 Zie in dit kader paragraaf 3.3.9. Zie ook paragraaf 2.3.2 voor een uiteenzetting van de termen 'legal interest' en 'equitable interest'.

49 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5.

belangrijkste fundamentele eigenschappen ex artt. 3:127 lid 2, 3:137 lid 1 en 3:155 lid 1 BWC behelst het bestaan van een afgescheiden geheel van goederen.⁵⁰ Dit impliceert dat de onder trustverband gebrachte goederen geen deel uitmaken van het privévermogen van de trustee en dat zij derhalve niet aangetast kunnen worden door een huwelijk, faillissement, echtscheiding of het overlijden van de trustee.⁵¹ Zij strekken evenmin tot verhaal van de persoonlijke schulden van de trustee.⁵² Het creëren van een afgescheiden geheel van goederen in het trustrecht vormt een belangrijke uitzondering op het fundamenteel uitgangspunt van het Curaçaose verhaalsrecht ex art. 3:276 BWC, dat de crediteur op alle goederen van de debiteur kan verhalen.⁵³

De tweede eigenschap die voortvloeit uit het Curaçaose trustrecht is dat de Curaçaose trust, net als zijn Anglo-Amerikaanse equivalent, niet als een rechtspersoon kan worden aangemerkt.⁵⁴ Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid brengt met zich mee dat alle goederen die onder trustverband zijn geplaatst, geheel toekomen aan de persoon van de trustee in zijn kwaliteit als trustee. De trustee wordt derhalve krachtens art. 3:127 lid 2 BWC als de rechtshabende van de trustgoederen beschouwd en hij is binnen de grenzen van het Curaçaose trustrecht en de in de trustakte neergelegde voorwaarden, volledig beheers- en beschikkingsbevoegd.^{55/56}

50 In casu gaat mijn voorkeur uit naar het gebruik van de woorden 'trustfonds' of 'een afgescheiden geheel van goederen' in plaats van de vaak voorkomende term 'afgescheiden vermogen'. Zie voor de achterliggende reden paragraaf 3.3.5.3.

51 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3 en 13; art. 3:127 lid 2 sub a jo. 3:137 lid 1 jo. 3:155 lid 1 BWC. Vgl. ook: art. 2 lid 2 HTV.

52 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3 en 13; art. 3:127 lid 2 sub a jo. 3:137 lid 1 jo. 3:155 lid 1 BWC. Vgl. ook: art. 2 lid 2 HTV.

53 Vgl. ook: R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/ Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 49-50; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 182 e.v.

54 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 4.

55 Art. 3:127 lid 2 sub b jo. art. 3:139 jo. art. 3:140 lid 1 jo. 3:155 lid 2 BWC; Vgl. ook: art. 2 lid 2 HTV.

56 Met de invoering van de Landsverordening Trust is tevens een nieuwe bepaling ingevoegd, art. 1:88a BWC, waarin is bepaald dat art. 1:88, eerste lid, onderdelen b tot en met d, niet van toepassing is op rechtshandelingen in hoedanigheid verricht door een trustee. De parlementaire geschiedenis meldt over art. 1:88a BWC het volgende: "Van de toepasselijkheid van artikel 1:88, eerste lid, onderdelen b tot en met d, zijn uitgezonderd rechtshandelingen van een trustee in hoedanigheid verricht. Het trustvermogen vormt immers een afgescheiden vermogen (artikel 3:127, tweede lid, onderdeel a, en artikel 3:155). Wat betreft de echtelijke woning (artikel 1:88, eerste lid, onderdeel a) dient de 'gezinsbescherming' echter in beginsel in tact te blijven ook indien de woning tot het trustvermogen behoort. Overigens kan, ingevolge het laatste lid van artikel 1:88, altijd de beslissing van de rechter worden ingeroepen." Zie hiervoor: M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het*

Ten slotte bepaalt de strekking van het trustverband – hoewel dit noch in de wettekst op één of andere wijze is opgenomen, noch in de memorie van toelichting is vermeld – de rechtsgevolgen van de werking van de Curaçaose trust en daarmee de verplichtingen, de rechten en de bevoegdheden van de trustee en de (potentiële) begunstigde in relatie tot de trustgoederen. Enerzijds is de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde verbintenissenrechtelijk van aard. Dit houdt in dat de trustee de trustrechtelijke taken die aan hem zijn opgedragen en de bevoegdheden die aan hem zijn verleend, uitsluitend dient uit te voeren c.q. uit te oefenen ten bate en in het beste belang van de (potentiële) begunstigde(n) of ter verwezenlijking van een bepaald doel. Het handelen in strijd met de trustrechtelijke verplichtingen door de trustee, dan wel misbruik c.q. overschrijding van de door de wet of de trustakte aan de trustee verleende bevoegdheden, leidt tot een ‘breach of trust’ – ook wel aangeduid als onbehoorlijk bestuur c.q. beheer – met het gevolg dat de (potentiële) begunstigde⁵⁷ of de persoon die ter handhaving van de trust optreedt, onder meer nakoming of schadevergoeding in rechte kan vorderen. Anderzijds komt de goederenrechtelijke component van de Curaçaose trust tot uitdrukking in het feit dat – naast het afgescheiden geheel van goederen dat wordt gevormd als gevolg van het trustverband – in beginsel het trustfonds tevens goederen omvat die geacht moeten worden in de plaats van een tot het trustfonds behorend goed te treden, oftewel zaaksvervanging.⁵⁸ Daarnaast hebben de protector en de begunstigde onder omstandigheden een goederenrechtelijke opvorderingsactie waarbij zij, indien de trustakte niet anders bepaalt en onverminderd de derdenbescherming, de mogelijkheid hebben om de trustgoederen die een trustee in strijd met zijn verplichtingen heeft vervaardigd, bezwaard of ingebruikgegeven, van iedere derde terug te vorderen.^{59/60}

Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, Den Haag: Bju 2016, p. 120.

Ik betwijfel het nut van deze wetsbepaling. Zoals de wetgever reeds aangeeft beheert de trustee als zodanig de trustgoederen die een afgescheiden geheel vormen en deze trustgoederen zijn geen onderdeel van het privévermogen van de trustee. Het lijkt mij eerder dat de insteller die een rechtshandeling strekkende tot de instelling van de Curaçaose trust verricht, waarbij hij goederen – waaronder de echtelijke woning of goederen met aanzienlijke waarde – toevertrouwt aan de trustee, toestemming behoeft van zijn echtgenoot. Zie voor een voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.11.

57 Voor de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel zie paragraaf 3.3.10.

58 Art. 3:155 lid 3 BWC.

59 Art. 3:156 lid 3 BWC.

60 Deze goederenrechtelijke opvorderingsactie komt eveneens toe aan de trustees van de trust. Zie hiervoor: art. 3:156 lid 2 BWC. Het is naar mijn mening echter niet geheel duidelijk waarom precies de Curaçaose wetgever een *lex specialis* in dit kader voor de trustee heeft willen introduceren ten opzichte van art. 5:2 BWC. Is dat het feit dat de trustee in hoedanigheid van trustee rechthebbende is en geen eigenaar is zoals bedoeld in art. 5:2 BWC? De memorie van toelichting rept hier niets over. Zie in dit kader: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

3.3 De totstandkoming van de Curaçaose trust

Naast het feit dat de Curaçaose wetgever het HTV als inspiratiebron heeft gebruikt, heeft hij het verdrag tevens als uitgangspunt genomen ter nadere concrete vormgeving van een eigen trustwetgeving. Wat de Curaçaose wetgever daarbij evenwel heeft miskend is dat het HTV enkel als verwijzings- en erkenningsrecht binnen het internationaal privaatrecht fungeert: het materiële privaatrecht wordt door het HTV niet bestreken.⁶¹ In het navolgende wordt op de belangrijkste materieelrechtelijke problemen ingegaan bij de totstandkoming van de Curaçaose trust.

3.3.1 De materiële vereisten voor de totstandkoming van de Curaçaose trust

Om een rechtsgeldige 'express' trust in het leven te roepen, moet deze naar Anglo-Amerikaans trustrecht voldoen aan de materiële vereisten voor de totstandkoming van een trust, oftewel de 'three certainties'.⁶² De Curaçaose wetgever heeft voor wat betreft de materiële totstandkomingsvereisten een iets andere benadering gekozen. Een verklaring voor deze benadering ontbreekt helaas in de memorie van toelichting. Wil een insteller naar Curaçaos recht een rechtsgeldige trust instellen, dan stelt de wet voor de totstandkoming hiervan een minimaal aantal eisen aan de inhoud van de trustbepalingen in de trustakte.⁶³ Krachtens art. 3:130 lid 3 BWC dient de trustakte trustbepalingen te bevatten die betrekking hebben op de volgende onderwerpen:

- a. De aanwijzing van een begunstigde of bepaald doel;
- b. De benoeming van tenminste één binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee en de aanvaarding van die benoeming;
- c. Een voorziening ter verzekering dat niet een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken;
- d. De omschrijving van het trustvermogen;
- e. De benaming van de trust, met het woord trust als onderdeel daarvan.

3.1.1.1 De rechtshandeling tot de instelling van de Curaçaose trust

Hoewel de wettekst het niet uitdrukkelijk vermeldt, wordt voor een rechtsgeldige instelling van de trust allereerst vereist dat uit de trustakte uitdrukkelijk moet blijken dat de insteller de totstandkoming van de trust heeft beoogd.⁶⁴ Mijns inziens wil dit zeggen dat de instelling van de trust naar Curaçaos recht

61 Zie ook: art. 1 HTV; M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 47 e.v.; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 1-7.

62 Zie paragraaf 2.4.3.

63 Art. 3:130 lid 3 BWC; MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

64 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

onderworpen is aan de vereisten van art. 3:33 BWC, doch de bedoelde verklaring dient duidelijk en ondubbelzinnig te zijn. Heeft de insteller aldus zijn intentie tot de instelling van de trust in een daarmee corresponderende verklaring in de trustakte niet uitdrukkelijk geopenbaard, dan kan er niet gesproken worden van een rechtsgeldig tot stand gekomen trust.

3.3.1.2 Aanwijzing begunstigde of omschrijving doel

Een ander materieelrechtelijk vereiste dat de wet aan de totstandkoming van de Curaçaose trust stelt, is dat de trustakte de aanwijzing van een begunstigde of een bepaald doel dient te bevatten.⁶⁵ De Curaçaose wetgever heeft kennelijk geen rekening gehouden met de situatie waarin een insteller opteert voor de instelling van een trust waarbij de aanwijzing van begunstigden geschiedt op een later tijdstip door de trustee uit hoofde van de aan hem toegekende discretionaire bevoegdheden, de zogenoemde 'discretionary' trust.⁶⁶ In een dergelijk geval zijn er op het tijdstip van de instelling vanwege het karakter van de trust geen begunstigden, dan wel heeft nog geen aanwijzing van begunstigden plaatsgevonden. Het behoeft derhalve geen betoog dat de eis tot aanwijzing van een begunstigde in de trustakte op het moment van instelling tot praktische problemen leidt.⁶⁷

Voorts miskent de Curaçaose wetgever naar mijn mening – in tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht – het feit dat de *bepaalbaarheid* van begunstigden onmisbaar is. De memorie van toelichting zwijgt hierover en het is mij thans een mysterie waarom het Curaçaose trustrecht geen eisen stelt aan de bepaalbaarheid van begunstigden. Indien niet met voldoende zekerheid kan worden bepaald welke personen als begunstigde kunnen worden aangewezen, dan wel welke personen tot de groep der potentiële begunstigden behoren, wordt de werking van de trust belet. Zonder vastlegging van deze regel in de wet, zou bij onduidelijkheden hieromtrent niet duidelijk zijn welke personen de rechten en bevoegdheden die aan een (potentiële) begunstigde toekomen, hebben verworven. In dat soort gevallen is de totstandkoming van de trust nietig. Naar ik meen is het wenselijk om een dergelijk vereiste expliciet in de wet op te nemen. Ingeval een 'fixed' trust is ingesteld, moet op duidelijke en ondubbelzinnige wijze uit de trustakte blijken wie als begunstigde is aangewezen. Is er sprake van een 'discretionary' trust, dan moeten specifieke criteria c.q. kenmerken in de trustakte worden opgenomen, aan de hand waarvan met zekerheid kan worden bepaald of een persoon kwalificeert als begunstigde c.q. behoort tot de groep of categorie der potentiële begunstigden. Voor wat betreft de instelling van een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel,

⁶⁵ Art. 3:130 lid 3 sub a BWC.

⁶⁶ Het onderhavige probleem wordt evenmin besproken in de memorie van toelichting.

⁶⁷ Elders in de memorie van toelichting wordt wel verwezen naar de 'discretionary' trust. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

moet eveneens duidelijk zijn hetgeen precies met de trust wordt beoogd. Voor de problemen die in het bovenstaande zijn aangekaart, wordt een aantal oplossingen in paragraaf 4.3.2 besproken.

3.3.1.3 Benoeming trustee en de aanvaarding van de benoeming

Ten derde eist de wet dat de benoeming én de aanvaarding van tenminste één binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee in de trustakte bij de totstandkoming van de trust moeten worden vastgelegd.⁶⁸ De benoeming én de aanvaarding van deze benoeming in één notariële akte is op het eerste gezicht een goede regeling, omdat de wetgever door een voorziening te treffen heeft willen voorkomen dat het geheel van goederen onder trustverband voor een ondeelbaar moment zonder een rechthebbende blijft. Deze wetsbepaling levert echter problemen op wanneer de trust wordt ingesteld bij uiterste wilsbeschikking. Een trust die bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, kan slechts door de insteller (*lees*: erflater) persoonlijk worden gemaakt en herroepen en heeft eerst werking na zijn overlijden.⁶⁹ Dit brengt met zich mee dat een aanvaarding tijdens het leven van de insteller in casu in strijd is met het karakter van een uiterste wilsbeschikking. Voorts is de benoeming van de trustee bij uiterste wilsbeschikking volkomen in strijd met art. 27a Landsverordening op het notarisambt, waarin is bepaald dat notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, geen andere rechtshandelingen mogen bevatten. Schending van de voornoemde bepaling kan tot tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris ex art. 57 Landsverordening op het notarisambt leiden.⁷⁰ Derhalve is een aanvaarding in de trustakte voor dit specifieke geval – dat wil zeggen in de uiterste wil – niet mogelijk. In paragraaf 4.3.2 wordt een oplossing hiervoor aangedragen.

3.3.1.4 Voorziening aanwezigheid Curaçaose trustee

Ten vierde moet er sprake zijn van een voorziening ter garantie van de aanwezigheid van een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee.⁷¹ Dit houdt in dat in de trustakte moet worden bepaald welke maatregelen genomen moeten worden indien de trustee niet meer aan deze eis voldoet en dient een mogelijke oplossing voor deze kwestie in de trustakte te worden opgenomen.⁷² Ontbreekt ondanks de voorziening ter zake in de trustakte een Cura-

68 Art. 3:130 lid 3 sub b BWC.

69 Art. 4:111 BWC en art. 4:42 lid 1 en 3 BWC. Zie ook: M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 111 e.v.; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 133 e.v.

70 Vgl. J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2019, par. 6.5.

71 Art. 3:130 lid 3 sub c BWC.

72 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

çaose trustee, dan benoemt de rechter in eerste aanleg deze, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve.⁷³ Men dient in casu wel bedacht te zijn op het feit dat ingeval de trust naar Curaçaos recht is ingesteld, een trustee in beginsel niet mag ontbreken, mede gelet op het feit dat de trust geen rechtspersoonlijkheid bezit en de trustee derhalve de rechthebbende is van de trustgoederen. Dit heeft in mijn optiek tot gevolg dat de trustee in beginsel in functie dient te blijven, zolang er geen nieuwe trustee is benoemd.^{74/75}

3.3.1.5 Omschrijving van de trustgoederen

Verder is voor de totstandkoming van de trust vereist dat een omschrijving van de trustgoederen in de trustakte dient te worden opgenomen.⁷⁶ Hoewel de memorie van toelichting zich hierover niet uitlaat, is de eis dat de trustgoederen met voldoende bepaaldheid moeten worden omschreven ex art. 3:84 lid 2 BWC essentieel voor de goede werking van de Curaçaose trust. Zonder het bepaaldheidsvereiste in acht te nemen, kan niet worden bepaald welke goederen onder trustverband zijn geplaatst. In dat geval, komt er ook geen rechtsgeldige trust tot stand.

3.3.1.6 De benaming van de trust

Ten slotte moet de benaming van de trust worden opgenomen, met het woord trust als onderdeel hiervan.⁷⁷ Deze eis hangt mijns inziens samen met de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust. Anders dan het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt het gebruik van het woord 'trust' verplicht. Door het gebruik van het 'woord' trust wettelijk te verplichten, lijkt het erop dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de intentie van de insteller om een trust naar Curaçaos recht in te stellen, aan twijfel onderhevig zal zijn.

De bovengenoemde vereisten bevatten aldus de materieelrechtelijke essentialia voor de totstandkoming van de Curaçaose trust. Kortom, indien één van de eerdergenoemde onderdelen in de trustakte ontbreekt, kan er geen sprake zijn van de totstandkoming van een rechtsgeldige trust naar Curaçaos recht.

73 Art. 3:144 lid 7 BWC.

74 Zie ook: art. 3:144 lid 1 jo. art. 3:145 lid 1, 2e volzin BWC.

75 Dit is een afwijking van één van de Anglo-Amerikaanse grondbeginselen dat bepaalt dat "equity will not allow a trust to fail for want of a trustee", hetgeen betekent dat een trust naar Anglo-Amerikaans recht geldig tot stand komt, ook al ontbreekt een trustee op het tijdstip van de totstandkoming. In dat geval komt er een 'resulting' trust tot stand, totdat een trustee wordt benoemd.

76 Art. 3:130 lid 3 sub d BWC.

77 Art. 3:130 lid 3 sub e BWC.

3.3.2 De materieelrechtelijke grenzen aan de totstandkoming van de Curaçaose trust

In paragraaf 2.4.4 is aan bod gekomen dat het Anglo-Amerikaanse recht regels kent die de beschikking over en de verkrijging van goederen, de zogenoemde ‘perpetuity rules’, begrenzen. Het Curaçaose trustrecht heeft, in afwijking van het Anglo-Amerikaanse recht, ervoor gekozen om deze goederenrechtelijke beperkingen niet in de wet op te nemen.⁷⁸ De gedachte van de Curaçaose wetgever hierbij was dat er geen goede reden is om te verbieden dat de Curaçaose trust niet voor onbepaalde tijd wordt ingesteld, aangezien stichtingen en naamloze vennootschappen doorgaans voor onbepaalde tijd worden opgericht.⁷⁹ Hoewel ik de beslissing van de Curaçaose wetgever om af te zien van de implementatie van de ‘perpetuity rules’ in de trustwetgeving zoals die in het Anglo-Amerikaanse recht zijn vormgegeven, toejuich – de memorie van toelichting zegt dit echter niet met zoveel woorden – is de achterliggende reden mijns inziens op verkeerde gronden gebaseerd.

De Curaçaose wetgever lijkt allereerst de trust te benaderen vanuit een ondernemingsrechtelijk oogpunt. Deze benadering is naar mijn mening niet geheel juist. Het lijkt aan de Curaçaose wetgever te zijn voorbij gegaan dat de trust een verband op *goederen* behelst – de trust is immers geen rechtspersoon – dat geheel andere rechtsgevolgen kent en qua rechtsfiguur geheel verschilt van rechtspersonen die in het leven worden geroepen.⁸⁰ Een ondernemingsrechtelijk motief gebruiken om de keuze voor de onbepaalde duur van de trust te rechtvaardigen, geeft derhalve een verkeerd beeld weer van de trustfiguur.

Voor wat betreft de ‘perpetuity rules’ in het Anglo-Amerikaanse recht, zijn deze nogal complex en betreft het een weerbarstige materie.⁸¹ Dergelijke voorschriften zouden het Curaçaose trustrecht onnodig gecompliceerd maken. Toch acht ik – in tegenstelling tot de visie van de wetgever – een tijdslimiet voor trusts in bepaalde gevallen noodzakelijk. Stel dat een trust is ingesteld waarbij voorwaardelijke rechten voor begunstigden in het leven zijn geroepen. Indien de aan het recht gekoppelde voorwaarde niet in vervulling gaat, blijft onder het huidige trustrecht de onzekere rechtstoestand die een voorwaardelijk recht met zich meebrengt oneindig voortduren.⁸² De Curaçaose trustwetgeving

⁷⁸ Zie voor de ‘perpetuity rules’ in het Anglo-Amerikaanse recht paragraaf 2.4.4 e.v.

⁷⁹ MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 14.

⁸⁰ Andere voorbeelden van vergelijkingen in de memorie van toelichting tussen trusts en rechtspersonen zie: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 4, p. 12 en p. 14. Frielink maakt dezelfde naar mijn mening onjuiste vergelijking. Zie hiervoor: K. Frielink, ‘Rol en aansprakelijkheid van de trustee’, *CJB* 2012/4, p. 176.

⁸¹ Zie paragraaf 2.4.4.1 e.v.

⁸² Men vergelijk dit met voorwaardelijke rechten in het erfrecht.

voorziet thans niet in dergelijke situaties.^{83/84} Voorts bestaat thans evenmin een regeling voor situaties waarin een 'discretionary' trust is ingesteld en de trust reeds geruime tijd bestaat zonder dat de trustee begunstigden heeft aangewezen. Een regeling ontbreekt eveneens indien nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen als begunstigden zijn aangewezen of onderdeel zijn van de groep der potentiële begunstigden en het duidelijk is dat deze niet meer zullen ontstaan.⁸⁵ Het is zonder meer wenselijk indien de Curaçaose wetgever een wettelijke tijdslimiet voor boven besproken gevallen vaststelt, teneinde de rechtszekerheid te kunnen waarborgen. In paragrafen 4.3.2 en 4.3.3 wordt voor het eerdergenoemde een oplossing aangedragen.

Ten slotte bepaalt art. 3:130 lid 5 BWC dat het doel niet in strijd mag zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. De formulering van deze wetsbepaling is echter ambigu en roept allerlei vragen op. Wat heeft de Curaçaose wetgever precies met het woord 'doel' bedoeld? Is dat de doelomschrijving – dat wil zeggen het beoogde werkkerrein – van een 'trust ter verwezenlijking van een bepaald doel' oftewel een 'purpose trust' op zichzelf beschouwd, zoals bijvoorbeeld een trust die is ingesteld met het doel zich in te zetten voor straathonden in het Caribisch gebied? Of heeft het betrekking op de inhoud en strekking van een trust die – ongeacht of de trust is ingesteld ter verwezenlijking van een bepaald doel of ten behoeve van (potentiële) begunstigden – is ingesteld?⁸⁶ Dat is thans niet geheel duidelijk.⁸⁷ Ik meen dat de Curaçaose wetgever dat laatstgenoemde heeft bedoeld, gelet op het feit dat de strekking en inhoud van de trust in het algemeen, tevens de doelomschrijving van een 'trust ter verwezenlijking van een bepaald doel' omvat.⁸⁸ Hier zij overigens opgemerkt dat artikel 3:130 lid 5 BWC overeenkomt met de Anglo-Amerikaanse regeling omtrent de strijdigheid van de intentie van de settlor tot instelling van de trust met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.

83 De wet bepaalt enkel dat ingevolge art. 3:159 lid 1 sub a BWC de trust eindigt door de vervulling van een in de trustakte opgenomen ontbindende voorwaarde of door het verloop van de tijd waarvoor de trust is ingesteld.

84 De constructie van een recht onder ontbindende voorwaarde met een daarbij aansluitend recht onder opschortende voorwaarde dient mijns inziens – evenals in het erfrecht – zulks te worden uitgezonderd van de tijdslimietseis. Het voorgaande dient naar mijn mening tevens te gelden voor trusts die ter verwezenlijking van een bepaald doel in het leven zijn geroepen.

85 Het enige wat thans in de wet is opgenomen is dat de trust op grond van art. 3:159 lid 1 sub c BWC eindigt indien er geen begunstigden *meer* zijn. Het is echter onduidelijk in hoeverre het bepaalde in de voornoemde bepaling zich verhoudt tot de genoemde situatie.

86 Men denke hierbij aan de intentie van insteller in het algemeen om een bepaald type trust in het leven te roepen.

87 Ook de memorie van toelichting is op dit punt onduidelijk. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6-7.

88 Zie voor een suggestie ter verbetering van deze bepaling paragraaf 4.3.15.10.

3.3.3 *Het tijdstip van totstandkoming*

Zoals in het bovenstaande reeds is aangestipt, heeft de Curaçaose wetgever een keuze gemaakt voor de invoering van uitsluitend de ‘express trust’. Deze ‘express trust’ kent net als de Anglo-Amerikaanse variant twee verschillende tijdstippen van totstandkoming. In het eerste geval wordt de trust ingesteld bij leven en treedt hij in werking gedurende het leven van de insteller, ook wel aangeduid als de ‘inter vivos’ trust. Daarnaast kent de wet de trust ‘mortis causa’ ofwel de trust terzake des doods of de testamentaire trust, die bij uiterste wilsbeschikking wordt ingesteld en pas in werking treedt na het tijdstip van het overlijden van de insteller (*lees ook: erflater*).

3.3.4 *De wijze van totstandkoming*

De insteller die een trust bij leven – ‘inter vivos’ – dan wel bij uiterste wilsbeschikking – mortis causa – naar Curaçaos recht wil instellen moet naast de materiële vereisten die hij in acht dient te nemen teneinde de trust tot stand te brengen, eveneens de trustgoederen aan de beoogde trustee toevertrouwen.

Hierna wordt voor zowel de ‘inter vivos’ trust als de testamentaire trust⁸⁹, de wijze van toevertrouwen en aldus de wijze van totstandkoming behandeld.

3.3.4.1 *De ‘inter vivos’ trust*

Opmerkelijk was dat de Curaçaose trustwetgeving aanvankelijk niet expliciet aangaf op welke wijze het toevertrouwen van de goederen aan de beoogde trustee bij leven diende te geschieden. Uit de wet en de memorie van toelichting kon slechts indirect worden afgeleid dat het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee op twee wijzen kon geschieden:

- a. door de trustgoederen in de macht te brengen van de trustee; of
- b. door middel van een eenzijdige verklaring van trust van de insteller waarbij hij zichzelf aanwijst als trustee ten aanzien van de trustgoederen.⁹⁰

3.4.1.1.1 *De overdracht ten titel van trust*

Met betrekking tot de eerste wijze van toevertrouwen is het als gevolg van de letterlijke overname van de verdragstekst en dubbelzinnig taalgebruik van de Curaçaose wetgever in de toelichtingstekst, lastig geweest om te bepalen wat de wetgever exact met de term ‘in de macht brengen’ heeft bedoeld.⁹¹

89 In casu geef ik – in tegenstelling tot de door de Curaçaose wetgever gehanteerde term ‘trust ter zake des doods’ – de voorkeur aan de term ‘testamentaire trust’.

90 Zie de zinsnede “*verklaring van de insteller waarbij deze zelf trustee wordt ten aanzien van de goederen*” van art. 3:128 BWC, art 3:134 lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5-6.

91 De letterlijke overname van de tekst van het HTV levert echter problemen op voor de Curaçaose trust. Vgl. in dit kader art. 2 lid 1 HTV.

De memorie van toelichting zegt het volgende:

“Zo wordt de term overdracht vermeden, maar wordt gesproken van het in de macht brengen van de trustee, hetgeen een zgn. ‘economische eigendomsoverdracht’ niet uitsluit, waarbij aan de trustee persoonlijke rechten worden verschaft.”⁹²

De aangehaalde passage is in mijn ogen in zekere mate verwarrend geweest. Ik meen dat de wetgever met het begrip ‘in de macht brengen’ in casu heeft gedoeld op een rechtshandeling die een verschuiving van de trustgoederen van de insteller naar de andere persoon die trustee wordt, teweegbrengt. Om verwarring te voorkomen zou in mijn optiek, in tegenstelling tot hetgeen de wetgever in de eerdergenoemde passage heeft aangegeven, juist te allen tijde de term *overdracht* moeten worden gebezigd. De reden hiervoor is dat de verschuiving van de trustgoederen zonder meer door een overdracht wordt bewerkstelligd. Voorts spreekt het Anglo-Amerikaanse trustrecht eveneens van een ‘transfer in trust’, ofwel een *overdracht* in trustverband.⁹³

Teneinde een einde te maken aan de onzekerheid die bestond ten aanzien van de wijze van interpretatie van de term ‘in de macht brengen’ en om duidelijkheid te verschaffen over de wijze waarop de vermogensverschuiving tussen de insteller en de trustee dient te geschieden, heeft in 2020 een wetwijziging plaatsgevonden en is een vierde lid aan art. 3:127 BWC toegevoegd. Hierin is bepaald dat voor een verkrijging van de trustgoederen door de beoogde trustee bij de instelling van een trust, een overdracht in de zin van titel 3.4 BWC wordt vereist.⁹⁴

Indien de insteller aldus een keuze maakt voor de eerste wijze van toevertrouwen, draagt hij een aantal goederen *ten titel van trust* over aan de aangewezen trustee. Deze overdracht brengt zoals eerder is aangestipt, een verschuiving van de trustgoederen van de insteller naar de trustee teweeg.⁹⁵ Dientengevolge

92 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12 (onderdeel B), waarin wordt toegelicht dat de termen ‘overdracht’ en ‘in de macht brengen’ worden vermeden in de wetsartikelen, in tegenstelling tot het gebruik van ‘in de macht brengen’ in artikel 2 lid 1 HTV. Hoewel de Curaçaose wetgever in de nota van wijziging heeft aangegeven dat de trustee ‘rechthebbende’ wordt op goederen die hij ‘verkrijgt’, was het op dat tijdstip nog steeds niet duidelijk op welke wijze het toevertrouwen aan de trustee diende plaats te vinden.

93 Zie paragraaf 2.4.5.2 en de literatuur waarnaar aldaar wordt verwezen.

94 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

95 In dit kader behelst de overdracht ten titel van trust in tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse recht, een meerzijdige rechtshandeling. Vgl. C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind: rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallelfiguren in het Nederlandse recht* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1954, p. 153 en H.L.E. Verhagen, ‘Het Haagse Trustver-

wordt de trust tot stand gebracht en komt het trustverband – onmiddellijk na de voltooiing van de levering van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee – op de goederen te rusten. De totstandkoming van de trust heeft tot gevolg dat direct op dat tijdstip van rechtswege een trustrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde, waaruit diverse rechten, verplichtingen en bevoegdheden voortvloeien.⁹⁶ De trustee wordt de volledige rechthebbende van de trustgoederen en verkrijgt krachtens het trustverband de formele beschikkingsmacht hierover.⁹⁷

Voordat de instelling van de trust plaatsvindt, zijn zowel de formele beschikkingsmacht over een goed als het economisch belang in een goed in de persoon van de insteller als rechthebbende verenigd. Zodra de trust rechtsgeldig tot stand komt, vindt er – als gevolg van het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde – een splitsing van macht en belang plaats en verkrijgt de (potentiële) begunstigde van rechtswege een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – het zogenoemde recht van de begunstigde – die, afhankelijk van de strekking van het trustverband, een economisch belang omvat.⁹⁸

Men realiseert zich evenwel dat de verkrijging van de bundel van rechten, bevoegdheden, remedies en derhalve het recht van de begunstigde, uitsluitend mogelijk is indien een trust wordt ingesteld ten behoeve van een aantal (potentiële) begunstigden. Enkel personen die als begunstigde zijn aangewezen of onderdeel zijn van de groep van personen die als begunstigden kunnen worden aangewezen, kunnen het recht van de begunstigde verwerven. Het probleem dat zich voordoet bij de instelling van een trust ter verwezenlijking van een omschreven doel is dat deze trust geen aanwijsbare begunstigden heeft.⁹⁹ Wie het recht zal moeten verkrijgen ter verwezenlijking van een omschreven doel, valt nergens uit de wettekst en de memorie van toelichting af te lezen.¹⁰⁰

drag', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 116.

96 Voor de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel zie paragraaf 3.3.10.

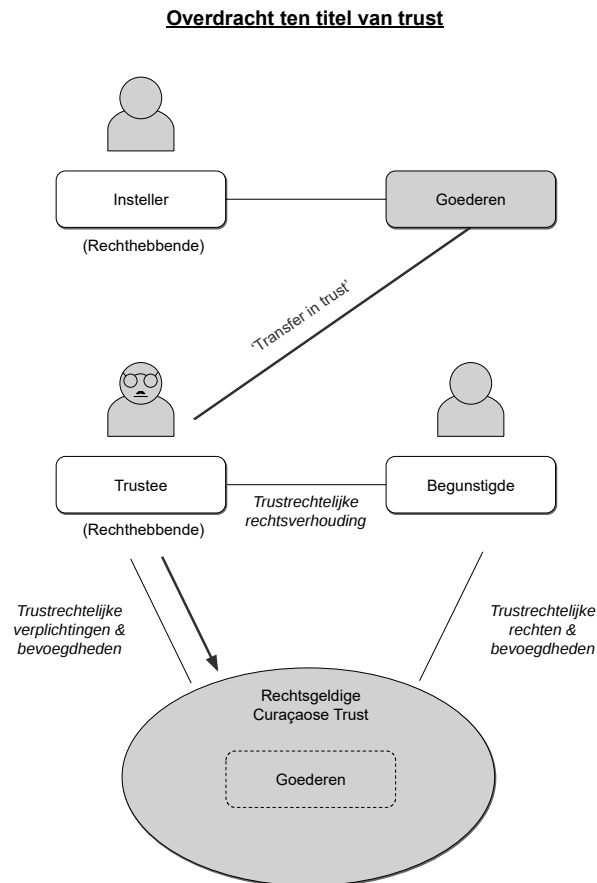
97 Zie onder andere art. 3:127 lid 1 BWC.

98 Zie voor een uitvoerige bespreking van het recht van de begunstigde paragraaf 3.3.9.

99 De trust ter verwezenlijking van een bepaald doel in het Curaçaose recht is in zekere zin een combinatie van de in het Anglo-Amerikaanse recht bekende 'charitable' trust en de 'purpose' trust.

100 Een oplossing voor het hierbedoelde knelpunt is te vinden in paragraaf 4.3.3.

De schematische weergave van de overdracht ten titel van trust ziet er als volgt uit:



Een bijzonder gegeven is dat de Curaçaose wetgever zowel aan de insteller als aan derden de mogelijkheid biedt om vóór of op het tijdstip van de totstandkoming van de trust een aantal goederen ten titel van trust over te dragen aan de toekomstige trustee.¹⁰¹ De memorie van toelichting verwoordt het voorgaande als volgt:

“De overdracht van het trustvermogen hoeft niet bij trustakte te geschieden. Het trustvermogen kan, vooruitlopende op de trustakte, reeds aan de toekomstige trustee in trust zijn geleverd, zowel door een derde als door hem [de insteller – toevoeging KRF] zelf.”¹⁰²

101 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

102 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6.

Naar mijn overtuiging dient – anders dan de Curaçaose trustwetgeving doet vermoeden – enkel de persoon die de trust creëert en daarbij goederen voor de eerste keer ten titel van trust overdraagt aan de beoogde trustee, als insteller te worden betiteld. Daarenboven kan zonder meer uit de bewoordingen van art. 3:127 lid 1 BWC worden afgeleid dat uitsluitend de insteller een trust in het leven kan roepen.¹⁰³ Dat anderen dan de insteller goederen onder trustverband kunnen plaatsen, doet hier niet aan af. Het onder trustverband plaatsen van de aangewezen goederen door een ander dan de insteller – een derde – is mijns inziens wel mogelijk, doch uitsluitend ná de totstandkoming van de trust. In dergelijke situaties dient mijns inziens – teneinde onderscheid te maken tussen de insteller en derden – dan ook de term ‘inbrenger’ te worden gehanteerd voor derden die na de totstandkoming van de trust goederen ten titel van trust overdragen.

Voorts rijst de vraag of een overdracht van de beoogde trustgoederen voorafgaand aan de instelling van de trust, überhaupt mogelijk is. Naar ik meen dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord en geeft de Curaçaose wetgever – door in de memorie van toelichting aan te geven dat de mogelijkheid daartoe bestaat – mijns inziens blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals reeds in het vorenstaande is aangestipt, gaat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de Curaçaose trust gepaard met een overdracht ten titel van trust. Met andere woorden, de totstandkoming van de Curaçaose trust is onlosmakelijk verbonden met de overdracht ten titel van trust en daarmee het bestaan van het trustverband. Dientengevolge treden de rechtsgevolgen ex art. 3:127 BWC van de trust pas in op het tijdstip dat de levering van de aangewezen goederen aan de toekomstige trustee is voltooid en het trustverband hierop is komen te rusten. Dit betekent dat een overdracht van de beoogde trustgoederen aan de toekomstige trustee vóór de instelling van de trust – en daarmee vóór het bestaan van het trustverband – niet aangemerkt kan worden als een overdracht ten titel van trust.¹⁰⁴ De toekomstige trustee zal in dergelijke situaties wel rechthebbende worden van deze goederen, doch niet in hoedanigheid van trustee. Daarin schuilt het gevaar dat bijvoorbeeld (oneigenlijke) vermenging van de beoogde trustgoederen en het privévermogen van de trustee in spe kan plaatsvinden en de aangewezen goederen vanwege de afwezigheid van een afgescheiden geheel van goederen, aangetast zouden kunnen worden door een faillissement, echtscheiding of overlijden. Daarnaast ontbreekt vóór de totstandkoming van de trust – vanwege het feit dat er nog geen trustverband ontstaat – de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de

103 Het is overigens niet ondenkbaar dat meerdere instellers tezamen een trust tot stand brengen.

104 Naar mijn mening is een overdracht van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee onder opschortende voorwaarde van de totstandkoming van de trust in casu evenmin mogelijk, gelet op het feit dat de overdracht ten titel van trust één van de voorwaarden is voor de instelling van de Curaçaose trust en derhalve het ontstaan van het trustverband.

trustee en de (potentiële) begunstigde. In dat geval zouden de beoogde begunstigten hun recht van begunstigde niet kunnen uitoefenen en zouden derhalve niet kunnen optreden tegen de beoogde trustee ingeval hij in strijd met de afspraken (beschikkings)handelingen verricht met alle negatieve gevolgen van dien.

3.4.1.1.2 De eenzijdige verklaring van trust

Uit de wettekst en de memorie van toelichting kan – zoals reeds is vermeld – worden afgeleid dat naast de overdracht ten titel van trust, het toevertrouwen op een tweede wijze kan geschieden, namelijk via de zogeheten eenzijdige verklaring van trust.¹⁰⁵ Met de invoering van de eenzijdige verklaring van trust heeft de Curaçaose wetgever de Anglo-Amerikaanse ‘declaration of trust’ in het trustrecht willen incorporeren. Ingeval de insteller een keuze maakt voor de eenzijdige verklaring van trust geeft hij enkel aan dat hij, vanaf het moment van het afleggen van de verklaring, zelf als trustee zal fungeren van de onder trustverband geplaatste goederen ter verwezenlijking van een bepaald doel of ten behoeve van de begunstigde(n).

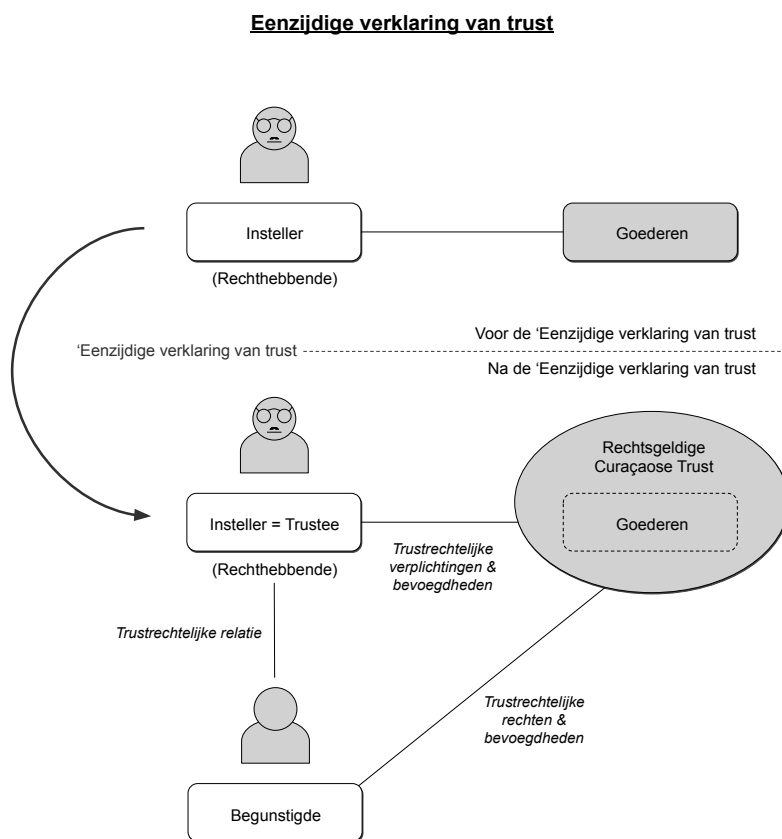
Op het moment dat de insteller een trust creëert door middel van een eenzijdige verklaring van trust is er mijns inziens – in tegenstelling tot de overdracht ten titel van trust – géén sprake van een *eigendomsovergang*.¹⁰⁶ Immers, de trustgoederen maken reeds onderdeel uit van het vermogen van de insteller en hij heeft als volledige rechthebbende reeds de formele beschikkingsmacht. In dit geval kan derhalve geenszins worden gesproken van een verschuiving van de trustgoederen van de insteller naar de trustee. Door de eenzijdige verklaring van trust op te stellen, geeft de insteller aldus slechts aan dat hij, vanaf het moment van zijn wilsverklaring, de trustgoederen zal beheren in de hoedanigheid van trustee.

Wanneer er sprake is van een rechtsgeldige trust middels een eenzijdige verklaring, ontstaat de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – het recht van de begunstigde – die door de (potentiële) begunstigde wordt verkregen, op dezelfde wijze als het recht van begunstigde dat wordt verkregen bij de instelling van de trust door middel van een overdracht ten titel van trust. Voorts rijst, evenals bij de overdracht ten titel van trust, het probleem van de verkrijging van het recht van de begunstigde, indien de instelling van een trust ter verwezenlijking van een omschreven doel geschiedt.

105 Art. 3:128 jo. 3:134 lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5-6. Zie ook: Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC.

106 Zie ook: W.J. Zwolve, ‘‘You can’t have your cake and eat it.’ Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht’, *RMThemis* 2015/4, p. 141.

De eenzijdige verklaring van trust wordt in het onderstaande schematisch als volgt afgebeeld:

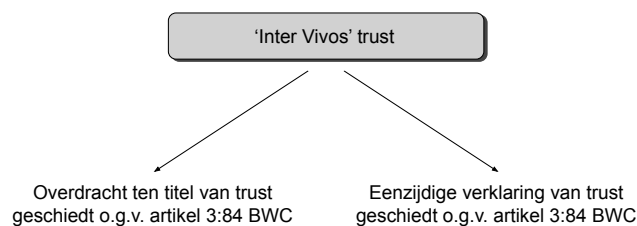


Over het antwoord op de vraag hoe aan deze verklaring van trust vorm moet worden gegeven en in welk juridisch jasje deze moet worden gestoken, zweeg de Curaçaose wetgever aanvankelijk. Bij de inwerkingtreding van de Landsverordening trust in 2012 gaven de trustwetgeving en de memorie van toelichting evenmin aan of en op welke wijze een afgescheiden geheel van goederen via een eenzijdige verklaring tot stand diende te komen. Dit was onbegrijpelijk. Zou de instelling van de trust via een eenzijdige verklaring van trust op dezelfde wijze als in het Anglo-Amerikaanse recht worden ingekleed – hetgeen betekent dat er géén eigendomsovergang van de trustgoederen op het tijdstip van totstandkoming plaatsvindt – dan zou dat zonder een wettelijke basis indruisen tegen het gesloten stelsel van het Curaçaose goederenrecht. De mogelijkheid om goederen af te scheiden via een eenzijdige verklaring komt in titel 3.4.1 BWC niet voor.

Evenals bij de overdracht ten titel van trust heeft de Curaçaose wetgever een einde willen maken aan de onzekerheid ten aanzien van de eenzijdige verklaring van trust en derhalve duidelijkheid willen scheppen met betrekking tot deze wijze van toevertrouwen. Zoals reeds is opgemerkt, heeft de Curaçaose wetgever in 2020 een vierde lid aan art. 3:127 BWC toegevoegd.¹⁰⁷ Het voornoemde lid luidt als volgt:

“4. Op de verkrijging door de trustee van het trustvermogen, anders dan door opvolging of toetreding als bedoeld in artikel 145, eerste lid, is afdeling 2 van titel 4 van toepassing. Dit geldt ook indien de insteller de trustee zal zijn.”¹⁰⁸

De toevoeging wekt naar mijn mening de indruk dat zowel de overdracht ten titel van trust als een eenzijdige verklaring van trust door middel van een overdracht dient te geschieden.¹⁰⁹ Het voorgaande kan als volgt worden geschetst:



De Curaçaose wetgever heeft met deze toevoeging in elk geval aan de eerste wijze van toevertrouwen, de overdracht ten titel van trust, invulling gegeven. Dat lijkt op het eerste gezicht evenzeer het geval te zijn voor de eenzijdige verklaring van trust. Echter, de vraag hoe aan de overdrachtshandeling in geval van de verklaring uitvoering moet worden gegeven, wordt door de wetgever niet beantwoord.

Uitgaande van de geciteerde wettekst en de memorie van toelichting op de Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, kan de laatste volzin die betrekking heeft op de eerdergenoemde verklaring zo worden opgevat dat de insteller de onder trustverband geplaatste

¹⁰⁷ Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

¹⁰⁸ Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

¹⁰⁹ MvT Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, p. 1 en Ontwerp Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, p. 1-2.

goederen aan zichzelf moet *overdragen*.¹¹⁰ Een dergelijke constructie acht ik goederenrechtelijk onmogelijk, gelet op het feit dat de insteller in het geval van een eenzijdige verklaring van trust reeds rechthebbende is en op basis hiervan al de formele beschikkingsmacht heeft over de trustgoederen. Dit brengt met zich mee dat de bovengenoemde handeling goederenrechtelijk niet realiseerbaar is, zodat er geen sprake is van een verschuiving van de goederen waarop een goederenrechtelijk verband is komen te rusten. Voor het bovengenoemde probleem zal een oplossing worden aangedragen in paragraaf 4.3.4.

3.4.1.1.3 Geen buitengerechtigde vernietiging van de wijze van toevertrouwen

Ingevolge art. 3:49 BWC kan een rechtshandeling worden vernietigd hetzij door een buitengerechtigde verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak.¹¹¹ De Curaçaose wetgever heeft echter voor wat betreft de totstandkoming van de trust een *lex specialis* in de trustwetgeving opgenomen om de rechtszekerheid te waarborgen.¹¹² Conform artikel 3:128 BWC kan het toevertrouwen van de goederen aan de trustee via een overdracht ten titel van trust, dan wel een eenzijdige verklaring van trust uitsluitend worden vernietigd door een rechterlijke uitspraak. Men denke bij vernietigbare rechtshandelingen aan de situatie waarin een trust wordt gecreëerd ter benadeling van de schuldeisers van de insteller of als gevolg van een wilsgebrek.¹¹³

3.3.4.2 De testamentaire trust

Wanneer de insteller (*lees*: erflater) de keuze heeft gemaakt om een trust bij uiterste wilsbeschikking in te stellen, moeten de goederen die op het moment van zijn overlijden onder trustverband worden geplaatst, aan de trustee worden toevertrouwd.

In zijn streven om de financiële offshore sector een handvat aan te reiken teneinde de Curaçaose economie te stimuleren, heeft de Curaçaose wetgever ondanks het negatief advies van de toenmalige Raad van Advies om de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking bij wet te introduceren, de trust ter zake des doods, oftewel de testamentaire trust in de trustwetgeving

110 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2. Volgens de Curaçaose wetgever is het onwenselijk dat voor zover het gaat om lokale goederen die onder trustverband worden geplaatst, geen overdrachtsbelasting wordt betaald wanneer een trust in het leven wordt geroepen door middel van een eenzijdige verklaring van trust, terwijl dat wel het geval is bij een overdracht ten titel van trust.

111 Zie ook: art. 3:50 lid 2 BWC.

112 J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 288.

113 J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 288.

opgenomen.¹¹⁴ Saillant detail is dat de wetgever voor de testamentaire trust niet in de wettekst aangeeft op welke wijze het toevertrouwen dient plaats te vinden. Uit de eerdergenoemde wetswijziging is evenmin op te maken of die van toepassing zou moeten zijn op deze trust.

Ik meen dat de wetgever ten onrechte heeft verondersteld dat de toepassing van de bepalingen van het huidige Curaçaose erfrecht op de afwikkeling van een nalatenschap een vanzelfsprekendheid is, indien de insteller gekozen heeft voor de creatie van een trust bij uiterste wilsbeschikking. Wat de wetgever in casu heeft miskend is het feit dat het Anglo-Amerikaanse erfrecht wezenlijk verschilt van het Curaçaose erfrecht. Zoals in paragraaf 2.4.5.2.2 reeds is uiteengezet, vindt met het overlijden van de erflater rechtsopvolging plaats en verkrijgt de ‘personal representative’ – ter afwikkeling van de nalatenschap en na de aanvaarding van zijn functie – van rechtswege de volledige eigendom van alle goederen en schulden van de erflater die tot zijn nalatenschap behoren. Dientengevolge verkrijgt de ‘personal representative’ tevens de trustgoederen in eigendom en komt de ‘testamentary’ trust op het tijdstip van de rechtsopvolging tot stand, doch onder voorbehoud van vereffening van de nalatenschap.

In het Curaçaose recht is het bepalen van het tijdstip van totstandkoming van de testamentaire trust echter een problematische kwestie. Zou aan de ene kant de testamentaire trust naar Curaçaos recht onmiddellijk na het overlijden van de insteller (*lees*: erflater) tot stand komen en aldus een afgescheiden geheel van goederen vormen, dan zouden positieve vermogensbestanddelen aan de nalatenschap worden onttrokken. Dientengevolge zou er sprake zijn van een beperking van de verhaalsmogelijkheden van de nalatenschapsschuldeisers, met als gevolg dat de trust vernietigd zou kunnen worden op grond van een *actio pauliana* ex art. 3:45 BWC.¹¹⁵ Zouden aan de andere kant de erfgenamen krachtens het *saisine* beginsel van art. 4:182 BWC de rechtspositie van de erflater/insteller volledig voortzetten dan zou, mits het nalatenschapssaldo positief is, de vraag rijzen op welke wijze de trustee de trustgoederen dient te verkrijgen. Nu op dit punt een erfrechtelijke regeling ontbreekt, noopt de toepassing van de testamentaire trust op dit punt tot een aanpassing van het

114 De memorie van toelichting vermeldt het volgende over de testamentaire trust: “Er is vanaf gezien, mede naar aanleiding van het advies van de Raad van Advies, om het in het leven roepen van een trust bij testament te regelen. Ook thans komt het vrijwel niet voor dat een stichting bij testament wordt opgericht.” Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 1 en 5; *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust p. 12 (onderdeel B en F); uitgebracht advies van de Raad van Advies ter zake van de Landsverordening trust van 24 oktober 2001 (RvA no. RA/060-01). Zie ook het laatste uitgebrachte advies van de Raad van Advies ter zake van de Landsverordening trust van 10 februari 2010 (RvA no. RA/42-09-LV). Voor wat betreft de inhoud van de Landsverordening trust is het laatstgenoemde advies identiek aan het eerste.

115 Zie in dit kader ook het rechtsvermoeden van art. 3:46 lid 1 sub g en lid 7 BWC (het vermoeden van paulianeus handelen bij rechtshandelingen die ertoe strekken een goed onder trustverband te brengen).

huidige Curaçaose erfrecht. Een oplossing voor deze problematiek wordt in paragraaf 4.3.5. behandeld.

3.3.5 *Is de instelling van de Curaçaose trust een gift?*

Een interessante vraag die in het kader van de instelling kan rijzen is of de instelling van een trust een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC behelst.¹¹⁶ In casu is deze vraag tweeledig en heeft enerzijds betrekking op het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee en ziet anderzijds op het recht van de (potentiële) begunstigde dat van rechtswege ontstaat als gevolg van de totstandkoming van de trust.

In het onderstaande zullen beide situaties worden toegelicht.

3.3.5.1 *Het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee*

Blijkens art. 7:186 lid 2 BWC wordt als gift aangemerkt iedere handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. De laatste volzin van het tweede lid van het voornoemde artikel bepaalt echter dat zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, de handelingen als bedoeld in de eerste volzin van art. 7:186 lid 2 BWC niet beschouwd kunnen worden als een gift. Hieruit volgt dat aan de volgende vier vereisten moet worden voldaan, wil er sprake zijn van een gift:

- Een handeling om niet;
- Verarming van de schenker en de verrijking van de begiftigde;
- Bevoordelingsbedoeling;
- Vermogensverschuiving^{117, 118}.

Ten aanzien van het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee in diens hoedanigheid is mijns inziens op geen enkele wijze sprake van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC. Zoals meermalen is uiteengezet, is het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee constitutief voor het bestaan van het trustverband en daarmee ook voor de trustrechtelijke verplichtingen van de

116 Vgl. ook: HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, BNB 1999/35, ECLI:NL:HR:1998:AA2566, BNB 1999/36 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, BNB 1999/37, mn.t. J.W. Zwemmer (*Trustarresten*); M.E. Koppenol-Laforce, 'De inpassing van de *family trust* in het Nederlandse civiele recht', in: M.E. Koppenol-Laforce & F. Sonneveldt, *De inpassing van de family trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht?: tekst en bespreking van het Preadvies voor de Vereniging voor Belastingwetenschap*. Deventer: Kluwer 1999, p. 35-39.

117 HR 28 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:153, NJ 1959/171, m.nt. Schuttevâer; HR 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5095, NJ 1972/136, m.nt. E.A.A. Luijten.

118 M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 675 e.v.; S. Perriek, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 252 e.v.

trustee. Deze trustrechtelijke verplichtingen zijn aan de trustee opgelegd, omdat hij degene is die de onder trustverband gestelde goederen ten behoeve van een aantal (potentiële) begunstigden of ter verwezenlijking van een bepaald doel beheert. Het toevertrouwen geschiedt met het oog op beheer, zodat – hoewel de insteller wordt verarmd, de trustee wordt verrijkt¹¹⁹ en er sprake is van een vermogensverschuiving in geval van een overdracht ten titel van trust – een bevoordelingsbedoeling ontbreekt.¹²⁰ Derhalve lijdt het geen twijfel dat het toevertrouwen aan de trustee – of het nu een overdracht ten titel van trust, dan wel een ‘declaration of trust’ betreft – nimmer als een gift kan worden aangemerkt.¹²¹

Ingeval een testamentaire trust in het leven is geroepen, is thans in het Curaçaose recht onduidelijk op welke wijze de trustee de trustgoederen dient te verkrijgen. Derhalve is het onzeker krachtens welke titel de overdracht in dat specifieke geval moet plaatsvinden.¹²²

3.3.5.2 Het recht van de begunstigde

Of er sprake is van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC ingeval de (potentiële) begunstigde een recht krijgt – het zogenoemde recht van de begunstigde – dat van rechtswege ontstaat als gevolg van het ontstaan van het trustverband, is afhankelijk van de wijze waarop de trust is vormgegeven. In casu dient in dit kader een onderscheid te worden gemaakt tussen de ‘fixed’ trust en de ‘discretionary’ trust.

3.3.5.2.1 Het recht van de begunstigde bij een ‘fixed’ trust

In de situatie dat de insteller een ‘fixed’ trust in het leven heeft geroepen, verkrijgt de begunstigde van rechtswege een recht van de begunstigde – een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – waaraan een economisch belang is verbonden op het tijdstip van het ontstaan van de trust. Zoals reeds in hoofdstuk 2 is opgemerkt en ook het geval is in het Curaçaose trustrecht, wordt bij een ‘fixed’ trust de begunstigde aangewezen en wordt zijn aandeel in het trustfonds bepaald op het moment van de totstandkoming van de trust. Of de verkrijging van het recht van de begunstigde bij een ‘fixed’ trust kan

119 Met het woord ‘verrijking’ wordt in casu bedoeld dat de trustee ‘legal owner’ oftewel rechthebbende wordt van de trustgoederen. Van een daadwerkelijke economische verrijking is geen sprake.

120 Zie in dit kader: P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 45; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 25-26. Vgl ook: W.J. Zwalm, “You can’t have your cake and eat it.” Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht’, *RMThemis* 2015/4, p. 146.

121 Indien de echtelijke woning wordt overgedragen ten titel van trust is art. 1:88 lid 1 sub a BWC analoog – de wet spreekt van overeenkomsten, terwijl de trust geen overeenkomst is – van toepassing. De insteller behoeft derhalve de toestemming van zijn echtgenoot.

122 Zie hoofdstuk 4.

worden aangemerkt als een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC, is naar ik meen afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij in aanmerking moet worden genomen hetgeen de insteller met de totstandkoming van de trust in de gegeven omstandigheden ten tijde van het toevertrouwen van de goederen heeft gewild.^{123/124/125} Dat wil zeggen dat het doel waarvoor de trust in het leven is geroepen en de bevoordelingsbedoeling van de insteller, in casu essentieel is.^{126/127} Mijns inziens kan het aanmerken van de verkrijging van *het recht van de begunstigde* waaraan een economisch belang is verbonden als een gift, bij de 'fixed' trust derhalve niet worden aangenomen als een vanzelfsprekendheid. Men denke onder andere aan de situatie waarin trusts worden gebruikt als zekerheidsinstrument of om een onderneming te drijven, de insteller als begunstigde is aangewezen¹²⁸ of een persoon is aangewezen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis ex art. 6:3 BWC. In de voornoemde gevallen ontbreekt de bevoordelingsbedoeling, dan wel is er géén sprake van een verarming van de schenker en een verrijking van de begunstigde.^{129/130}

123 Vgl. ook: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*); H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandeling (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Parijs 2016, p. 16-19; C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling (Onderneming en recht nr. 89)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 10.4.

124 Er zou ook sprake kunnen zijn van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC indien de aanwijzing van een begunstigde bij een 'fixed' trust voorwaardelijk is. Dat betekent dat het recht van de begunstigde waaraan een economisch belang is verbonden, voorwaardelijk is. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de begunstigde pas zijn economisch belang kan opeisen op het moment van overlijden van de insteller of ingeval hij een bepaalde leeftijd heeft bereikt. In dat geval is art. 7:186 lid 2, 2^e volzin BWC niet van toepassing, gelet op het feit dat onder het 'ontvangen van een prestatie' tevens moet worden verstaan het kunnen verwerven van een aanspraak. In dit specifieke geval verkrijgt de aangewezen begunstigde een recht waaraan een voorwaarde is verbonden. Dat er een onzeker element is, lijkt in casu irrelevant te zijn. Zie hierover uitvoerig: M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 1711. Vgl. ook: *Kamerstukken II 1998/99, 17213*, nr. 4, p. 8-9; J.C. van Straaten, *Parlementaire geschiedenis van de totstandkoming en invoering van titel 7.3 BW: schenking: civiel en fiscaal*, Amersfoort: Sdu 2005, p. 77-79; M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 687-689; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 267.

125 Is er sprake van een bevoordelingsbedoeling ten tijde van de overdracht ten titel trust, dan behoeft de insteller in beginsel de toestemming van zijn echtgenoot ex 1:88 BWC.

126 Bij een inbreng van goederen in een 'fixed' trust gedurende het bestaan hiervan, dient de inbreng mijns inziens te worden beoordeeld aan de hand van dezelfde criteria. Een inbreng heeft tot gevolg dat de waarde van het economische belang van de begunstigde toeneemt.

127 Anders: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 87-88.

128 Art. 3:153 lid 2 BWC.

129 Het gebruik van een trust als zekerheidsinstrument kan in casu worden vergeleken met de inmiddels afgeschafte fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid. Hierbij ontbreekt de bevoordelingsbedoeling. In dat geval strekt het verkrijgen van het recht van de begunstigde tot zekerheid van de verstrekte lening.

Hiernaast zal bij een testamentaire trust – waarvan de trust als ‘fixed’ wordt vormgegeven – evenmin sprake zijn van een gift in de zin van art. 7:186 lid 2 BWC. In een dergelijke situatie dient de verkrijging van het recht van de begunstigde naar mijn mening – gezien het economisch belang dat aan het recht is verbonden – als een verkrijging krachtens erfrecht, in het bijzonder als een verkrijging krachtens legaat te worden aangemerkt.¹³¹

3.3.5.2.2 *Het recht van een begunstigde bij een ‘discretionary’ trust*

Bij een ‘discretionary’ trust hebben potentiële begunstigden op het moment van de creatie van de trust (nog) géén economisch belang in het trustfonds en verkrijgen zij pas een recht op overdracht van de trustgoederen op het tijdstip van aanwijzing door de trustee. Men kan zich hierbij afvragen of de verkrijging van het recht van de begunstigde waaraan (nog) geen economisch belang is verbonden, als een voorwaardelijke gift ex art. 7:186 lid 2 BWC moet worden beschouwd. In mijn optiek is dit nimmer het geval. Zou de potentiële begunstigde een voorwaardelijk recht – in het bijzonder een recht onder opschortende voorwaarde – verkrijgen, dan zou bij voorbaat zijn bepaald aan wie het recht van levering zou worden toegekend en zal voorts aan alle voorwaarden van art. 3:84 BWC worden voldaan, met dien verstande dat de levering voorwaardelijk is.¹³² Vanwege zijn discretionaire bevoegdheid heeft de trustee evenwel een keuzemogelijkheid en wordt pas bij de uitoefening daarvan bekend aan welke potentiële begunstigde het recht op overdracht van trustgoederen daadwerkelijk toekomt. Gelet op het feit dat een potentiële begunstigde een potentieel belang c.q. recht heeft en derhalve geen daadwerkelijke aanspraak op de trustgoederen kan maken zolang de trustee geen gebruik heeft gemaakt van zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing, kan er mijns inziens bij de totstandkoming van de trust op geen enkele wijze worden gesproken van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC.¹³³

Zal er dan wel sprake zijn van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC op het tijdstip van aanwijzing van de begunstigde en daarmee de verwerving van een economisch belang in het trustfonds? Naar mijn overtuiging is dat – evenals bij de instelling van een ‘fixed’ trust – afhankelijk van de intentie van de insteller

130 Bij trusts waarbij de insteller wordt aangewezen als begunstigde – onder andere ook ‘bare’ trusts – is er géén sprake van een verrijking van de begunstigde als begiftigde.

131 Zie ook hoofdstuk 4.

132 Zie in dit kader paragraaf 3.9.2.5 e.v.

133 Vgl. ook: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 90-91; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 234; H.M.C. Duin, ‘Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme’, *KWEP* 2021/9, p. 9. Anders: W. Loof, ‘Reactie op ‘Never trust a trust’ van A.J. van Hoepen in WPNR (2014) 7008’, *WPNR* 2014/7028, p. 724-725.

in de gegeven omstandigheden ten tijde van het toevertrouwen van de goederen en daarmee het doel waarvoor de trust in het leven is geroepen.^{134/135}

3.3.5.2.3 *De trust ter verwezenlijking van een bepaald doel*

Is een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel ingesteld, dan kent een dergelijke trust op het tijdstip van de totstandkoming van de trust geen (potentiële) begunstigden. Zolang de begunstigde onbekend is, is er logischerwijs geen sprake van een schenking ex art. 7:175 BWC c.q. een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC. Dat is tevens het geval indien personen zijn aangewezen die – ter voorkoming dat het omschreven doel wordt overschreden – rechtens kunnen optreden tegen de trustee in het kader van trustrechtelijke schendingen. In het voorgaande verkrijgt de desbetreffende persoon geen economisch belang bij de totstandkoming van de trust en ontbreekt bovendien ten aanzien van die persoon een bevoordelingsbedoeling. Of er in casu al dan niet sprake is van een schenking ex art. 7:175 BWC c.q. een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC, dient mijns inziens te worden beoordeeld op het tijdstip waarop de begunstiging wordt aanvaard of kan worden aanvaard.¹³⁶ Hierbij dient rekening te worden gehouden met hetgeen de insteller in de gegeven omstandigheden als intentie had.

3.3.5.3 *Een overdracht ten titel van trust of ten titel van schenking?*

Gedurende het bestaan van de trust kunnen in het Curaçaose recht diverse titels ten grondslag liggen aan een overdracht tussen de insteller c.q. inbrenger en de trustee.¹³⁷ Wanneer de insteller c.q. de inbrenger goederen onder trustverband wil plaatsen, dan dient hij – teneinde het trustverband daadwerkelijk op de goederen te laten rusten – de beoogde trustgoederen aan de trustee over te dragen ten titel van trust. De situatie kan zich echter tevens voordoen waarin de insteller c.q. inbrenger een schenking doet aan de trust (*lees*: trustee), door goederen aan de trustee over te dragen die bestemd zijn voor de (potentiële) begunstigden of het betreffende doel en die te zijner tijd aan hen of namens het doel zullen worden gedistribueerd.¹³⁸ Men kan zich in dat kader afvragen krachtens welke titel de overdracht daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, een

¹³⁴ Vgl. ook: art. 7:188 BWC.

¹³⁵ Anders: A.J. van Hoepen, 'Never trust a trust. Het verhaal van de treurige legitimaris', *WPNR* 2014/7008, p. 201-202. Vgl. ook: W. Loof, 'Reactie op "Never trust a trust" van A.J. van Hoepen in *WPNR* (2014) 7008', *WPNR* 2014/7028, p. 724-725; A.J. van Hoepen, 'Naschrift', *WPNR* 2014/7028, p. 726-728; H.M.C. Duin, 'Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme', *KWEP* 2021/9, p. 8-11.

¹³⁶ Vgl. ook: art. 7:188 BWC.

¹³⁷ Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de koop of de natuurlijke verbintenis.

¹³⁸ Dit zal men name voorkomen bij trusts die zijn opgericht ter verwezenlijking van een bepaald doel en in het bijzonder charitatieve trusts. Een derde die een donatie wil doen aan de voornoemde trusts, zal als 'inbrenger' worden aangemerkt.

overdracht ten titel van trust, dan wel een overdracht ten titel van schenking. Draagt een insteller c.q. inbrenger in casu goederen ten titel van schenking over aan de trustee, dan dient dit zo te worden uitgelegd dat de insteller c.q. inbrenger de intentie heeft gehad om (potentiële) begunstigden van de trust of het desbetreffende doel te bevoordelen, doch zal de trustee – gezien zijn functie – de goederen als zodanig beheren tot distributie plaatsvindt. De facto impliceert de overdracht ten titel van schenking een overdracht ten titel van trust. Derhalve dient in mijn visie iedere overdracht ten titel van schenking aan de trustee dan wel iedere situatie waarin de begunstigde (indirect) wordt verrijkt terwijl er een verarming plaatsvindt, geacht te zijn geschied ten titel van trust.^{139/140}

3.4 De formaliteiten bij de instelling en de openbaarmaking van de Curaçaose trust

Voor de rechtsgeldige instelling van de ‘inter vivos’ trust respectievelijk een testamentaire trust, moet de insteller naast de vereisten die in paragraaf 3 zijn besproken, een aantal formaliteiten in acht nemen.

Hierna zullen de formaliteiten die vereist zijn ten aanzien van zowel de wilsverklaring omtrent de totstandkoming van de trust als het toevertrouwen worden belicht. Daarbij moet bedacht worden dat er thans naar Curaçaos recht nog altijd onduidelijkheden bestaan over de praktische uitvoering van de ‘inter vivos’ trust middels een eenzijdige verklaring van trust en de testamentaire trust. Gelet op deze bijzonderheid wordt voor de ‘inter vivos’ trust middels een eenzijdige verklaring van trust en de testamentaire trust uitsluitend de wilsverklaring besproken.

3.4.1 De formaliteiten bij de instelling van de trust

3.4.1.1 Wilsverklaring

De insteller die een trust bij leven, dan wel bij uiterste wilsbeschikking tot stand wil brengen, dient zijn intentie om een trust in te stellen ten bate van één of meer personen of ter verwezenlijking van een omschreven doel in een verklaring te openbaren, waarbij hij de trustgoederen en het doel c.q. de (potentiële) begunstigden omschrijft. Deze wilsverklaring moet te allen tijde kenbaar worden gemaakt door middel van een notariële akte.¹⁴¹ Uit de for-

¹³⁹ Zie hiervoor ook paragraaf 4.3.15.3.

¹⁴⁰ Mijns inziens is deze conversie van overeenkomstige toepassing op overdrachten in het kader van het erfrecht, met dien verstande dat in een dergelijk geval sprake zal zijn van een verkrijging krachtens erfrecht door de trustee.

¹⁴¹ Art. 3:130 lid 1 BWC.

mulering van art. 3:130 lid 1 en 2 BWC blijkt dat de wetgever de instelling van de trust bij uiterste wilsbeschikking in de vorm van een noodtestament of een depot-testament ex titel 4.4 BWC heeft willen uitsluiten. Vermoedelijk was de wetgever zich ervan bewust dat notariële bijstand noodzakelijk moet worden geacht bij een complexe rechtsfiguur als de trust.

Het bovenstaande impliceert aldus dat een notariële akte een constitutief vereiste is voor de openbaarmaking van de trustintentie en daarmee ook de totstandkoming van de trust, reden waarom notariële tussenkomst altijd verplicht is.¹⁴²

3.4.1.2 Overdracht

Zoals in paragraaf 3.3.3.4 is vermeld, moeten naar Curaçaos recht de trustgoederen, naast de materiële vereisten, aan de (beoogde) trustee worden toevertrouwd. Als de insteller een keuze maakt voor de 'inter vivos' trust en het toevertrouwen geschiedt door een overdracht ten titel van trust, is er voor deze overdracht, in tegenstelling tot de wilsverklaring, niet altijd een notariële akte vereist.

De voor de overdracht vereiste leveringsformaliteiten ten aanzien van de goederen die aan de (beoogde) trustee worden toevertrouwd, vindt plaats naar gelang van de aard van het goed dat onder trustverband wordt geplaatst. De overdracht van de goederen geschiedt derhalve overeenkomstig de art. 3:89 BWC e.v., art. 2:110/210 lid 2 BWC of op een andere in de wet voorgeschreven wijze.¹⁴³

3.4.2 Trustgebreken en heling van een trust

De trust wordt naar Curaçaos recht aldus ingesteld bij notariële akte en dient te worden verleden door of ten overstaan van een Curaçaose notaris in de taal die de insteller kiest, mits de notaris deze taal verstaat.¹⁴⁴ Met de instelling van de trust bij notariële akte heeft de Curaçaose wetgever het waarborgen van de rechtszekerheid beoogd.¹⁴⁵

¹⁴² Art. 3:130 lid 1 en 2 BWC.

¹⁴³ Zie ook: Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2.

¹⁴⁴ Art. 3:130 BWC jo. art. 33 Landsbesluit van de 7de augustus 2014, houdende vaststelling van de geconsolideerde tekst van de Landsverordening op het Notarisambt, *Publicatieblad* 2014, nr. 76. Zie voor de taal waarin de notariële akte moet worden verleden, art. 3:129 BWC. De officiële talen waarin de akte kan worden verleden zijn de Papiamentse, Nederlandse, Engelse of Spaanse taal.

¹⁴⁵ MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6; M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 812.

Aan de instelling van de trust bij notariële akte kunnen gebreken kleven. Deze gebreken kunnen mijns inziens naar hun aard – krachtens hetgeen indirect kan worden afgeleid uit de wet – worden verdeeld in totstandkomingsgebreken en instellingsgebreken.¹⁴⁶ In de eerste situatie ontbreekt een door de notaris ondertekende akte en is er sprake van een totstandkomingsgebrek.¹⁴⁷ Dit gebrek wordt gestraft met nietigheid met als gevolg dat er geen trust tot stand komt. In de tweede situatie is er wel sprake van een door de notaris ondertekende akte, doch mist deze kracht van authenticiteit of is er sprake van een gebrek dat niet leidt tot nietigheid van de trust.¹⁴⁸ Aan het ontstaan van de trust wordt hierdoor toch geen afbreuk gedaan.¹⁴⁹

Uit het bepaalde in art. 3:130 lid 2 BWC kan worden afgeleid dat authenticiteit géén noodzakelijk vereiste is voor de totstandkoming van de trust. Op dit laatste heeft de Curaçaose wetgever echter een uitzondering gemaakt. Indien een trust door een bij een notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking is ingesteld en er kleeft hieraan een instellingsgebrek, leidt dit gebrek tot nietigheid van de trust en is er hierdoor geen sprake van het bestaan van een trust.¹⁵⁰ Voor de uiteengezette regeling van art. 3:130 lid 2 BWC lijkt de Curaçaose wetgever aansluiting te hebben gezocht bij de algemene bepalingen omtrent de oprichting van een rechtspersoon in boek 2 BWC.¹⁵¹

Alhoewel de trust bij notariële akte wordt ingesteld, kan er, zoals uit het bovenstaande volgt, bij de instelling hiervan een aantal gebreken optreden. Wanneer er aan de trust gebreken kleven, biedt de wet op grond van art. 3:131 BWC de mogelijkheid om de desbetreffende gebreken te helen. Bij een zodanig gebrek kan de rechter in eerste aanleg op verzoek van de insteller, een andere belanghebbende of het openbaar ministerie, de optredende trustee veroordelen tot het verrichten van hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust, met inbegrip van de aanpassing van de trustakte.¹⁵²

146 Art. 3:130 lid 2 BWC.

147 Art. 3:130 lid 1 BWC. Vgl. ook: M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 403; *Kamerstukken II*, 1982/83, 17725, 3, p. 54-55; *Kamerstukken II* 1984/85, 17725, 7, p. 13-14.

148 Men denke aan bijvoorbeeld de situatie waarin de datum van het verlijden van de akte ontbreekt of het geval waarin de notaris het vereiste van art. 3:161 BWC niet in acht heeft genomen.

149 Art. 3:130 lid 2 BWC. Vgl. ook: Vgl. ook: M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 403; *Kamerstukken II*, 1982/83, 17725, 3, p. 54-55; *Kamerstukken II* 1984/85, 17725, 7, p. 13-14.

150 Art. 3:130 lid 2 BWC. Dit is een afwijking van het bepaalde in art. 4:109 lid 4 BWC, waarin authenticiteitsgebreken met vernietigbaarheid worden gestraft. Het is niet duidelijk waarom de Curaçaose wetgever van het voornoemde heeft afgeweken.

151 Zie ook: art. 2:2 lid 1 BWC.

152 Het woord 'kan' duidt aan dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft. Dat betekent dat de rechter niet verplicht is de trustee te veroordelen tot het herstellen van het gebrek. Zie in dit kader art. 3:131 BWC.

Welke gebreken de Curaçaose wet precies bedoelt, valt niet uit de wettekst af te leiden. Vanuit mijn invalshoek dienen enkel de instellingsgebreken – en dus de gebreken die niet essentieel zijn voor het bestaan van de trust – onder art. 3:131 BWC te vallen.^{153/154} Men denke hierbij aan het hiervoor genoemde authenticiteitsgebrek of in bepaalde gevallen strijdigheid met een wetsebepaling.¹⁵⁵ De wetgever laat zich evenmin uit over de vraag of aan de heling¹⁵⁶ terugwerkende kracht kan worden toegekend. De Boer is van mening dat aan de heling terugwerkende kracht moet worden verleend, gezien het feit dat de wet op grond van art. 3:133 lid 1 BWC terugwerkende kracht verleent ingeval van een wijziging wegens onvoorziene omstandigheden.¹⁵⁷ Ik deel deze opvatting.

Indien men geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid tot heling of de rechter de optredende trustee niet tot herstel van de gebreken heeft verplicht, blijven de gebreken kleven aan de bestaande trust. In een zodanige omstandigheid ontbindt de rechter in eerste aanleg de trust op verzoek van het openbaar ministerie, op de grond dat aan de trust gebreken kleven of in het belang van de openbare orde.¹⁵⁸ Dit heeft het einde van de trust tot gevolg.

In de memorie van toelichting wordt er echter gesproken van het ontbinden van een ongeldige trust. Het voorgaande is als volgt beschreven:

“Indien de trust ongeldig is kan deze worden ontbonden door de rechter in eerste aanleg (...), behoudens heling (...).”¹⁵⁹

153 Totstandkomingsgebreken vallen mijns inziens niet onder art. 3:131 BWC. Een totstandkomingsgebrek leidt tot de nietigheid van een trust, zodat er geen sprake kan zijn van een bestaande trust. Slechts bij een bestaande trust kan er een beroep op heling worden gedaan.

154 Teneinde te voorkomen dat er op basis van de huidige wettekst verwarring ontstaat, is het wenselijk dat de Curaçaose wetgever deze aanpast. De Curaçaose trust ontstaat immers niet indien op één of andere wijze niet cumulatief is voldaan aan de constitutieve vereisten voor de totstandkoming van de trust. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan overdrachtsgebreken waarbij de overdracht van een beoogd trustgoed niet goed is gegaan.

155 Volgens De Boer kan naast strijdigheid met een wettelijk voorschrift ook een wilsgebrek als een gebrek in de zin van art. 3:131 BWC worden aangemerkt. Mijns inziens moet anders dan De Boer betoogt, een wilsgebrek – behoudens dwaling in bepaalde gevallen – als een totstandkomingsgebrek worden aangemerkt, gezien het feit dat de intentie van de insteller cruciaal is voor de totstandkoming van de trust. Zie voor de classificatie van De Boer: J. de Boer, *Inleiding Curaçaose trust*, (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 3 en J. De Boer, ‘De trust naar Curaçaos recht’, *WPNR* 2012/6926, p. 288.

156 Terzijde merk ik op dat heling in casu een eigensoortig begrip is dat anders is dan het bepaalde in art. 3:58 BWC.

157 Zie ook: J. de Boer, *Inleiding Curaçaose trust* (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 3. en J. de Boer, ‘De trust naar Curaçaos recht’, *WPNR* 2012/6926, p. 288.

158 Art. 3:159 lid 1 sub e BWC jo. 3:131 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

159 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7. Zie in dit kader ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 13 (onderdeel G). Ondanks het feit dat de term ‘ongeldig’ in het wetsartikel is geschrapt, kan er nog steeds

In casu wordt de term ‘ongeldig’ ongelukkig gebruikt. Immers, tussen de termen ongeldigheid en nietigheid maakt de rechtspraak geen onderscheid en zij leiden tot dezelfde rechtsgevolgen.¹⁶⁰ Dit heeft tot gevolg dat ingeval van een ongeldigheid (*lees ook*: nietigheid) de ontbinding niet aan de orde komt, gezien het feit dat een ongeldige trust geacht wordt nimmer te hebben bestaan. Enkel bij een bestaande trust kan de ontbinding plaatsvinden.

Voor wat betreft de regeling zelf, is deze curieus. De wetgever geeft aan dat de rechter *“de als trustee fungerende persoon [kan] veroordelen tot het verrichten van hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust, daaronder begrepen de aanpassing van de trustakte.”*¹⁶¹ Enerzijds zijn de bovenbeschreven handelingen eerder weggelegd voor de insteller. Dit, gezien het feit dat de trustintentie van de insteller kenmerkend is voor de instelling van de trust en de (beoogde) trustee door het verrichten van deze handelingen een inbreuk kan maken op de wil van de insteller.¹⁶² Anderzijds is het niet onbegrijpelijk dat de Curaçaose wetgever gekozen heeft voor de bewoordingen in art. 3:131 BWC. De trustee is door de totstandkoming van een rechtsgeldige trust immers volledig rechthebbende geworden en dient als rechthebbende deze handelingen te verrichten om de desbetreffende gebreken op te heffen. Wordt het voorgaande in ogenschouw genomen, dan dient de rechter mijns inziens zowel – indien mogelijk – de insteller als de trustee te veroordelen tot heling indien een ‘inter vivos’ trust is ingesteld. Ingeval een testamentaire trust in het leven is geroepen, dient de heling – de trust is dan wel rechtsgeldig tot stand gekomen – door de trustee en voor zover mogelijk, door de begunstigde(n) en de protector te geschieden.

3.4.3 De formaliteiten bij de openbaarmaking van de trust

Na de totstandkoming van de trustakte dient de trust openbaar te worden gemaakt, door een inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.¹⁶³ De notaris ten overstaan van wie de trustakte is verleden, is belast met de uitvoering van deze verplichting.¹⁶⁴

Vanwege het gevaar van openbaarmaking van gevoelige gegevens heeft de wetgever echter geopteerd voor beperkte publiciteit en worden enkel gegevens openbaar gemaakt, voor zover dat noodzakelijk is voor de bescher-

sprake zijn van een ongeldige trust.

160 HR 21 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1849, NJ 2008/297, mn.t. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5.4.

161 Art. 3:131 BWC.

162 De insteller is immers de persoon die de trust instelt. Zie in deze context art. 3:127 lid 1 BWC.

163 Art. 3:161 BWC jo. art. 2 lid 1 Handelsregisterverordening jo. art. 4a Handelsregisterverordening jo. art. 17a Landsbesluit strekkende tot wijziging Handelsregisterbesluit 2009, *Publicatieblad* 2019, nr. 36. De inschrijving vindt plaats overeenkomstig de bepalingen inzake de inschrijving van een trust in het handelsregister.

164 Art. 3:161 lid 1 jo. art. 5 lid 2 Handelsregisterverordening.

ming van rechten van derden.¹⁶⁵ Bij een herroeping of wijziging is de betrokken notaris eveneens gehouden tot de inschrijving van de herroeping, datum van wijziging en de gewijzigde gegevens die van betekenis zijn.¹⁶⁶

3.5 Wat kan precies worden toevertrouwd aan de trustee in het Curaçaose trustrecht?

3.5.1 De trustgoederen

Zoals in paragraaf 3.3 is uiteengezet, is het kenmerkende van de trust dat al hetgeen onder trustverband wordt geplaatst, een geheel van afgescheiden goederen vormt.¹⁶⁷ In dit kader rijst de vraag welke vermogensbestanddelen precies tot dit afgescheiden geheel behoren wanneer er een overdracht ten titel van trust of de instelling van een trust middels een eenzijdige verklaring van trust – de ‘declaration of trust’ – plaatsvindt. Afgezien van het bepaalde in art. 3:127 BWC, wordt dit niet expliciet door de Curaçaose wetgever omschreven.

Krachtens artt. 3:127 lid 2 sub a en 3:155 lid 1 BWC vormen de goederen van de trust, ofwel het trustfonds, een geheel van afgescheiden goederen. Hieruit kan worden gedistilleerd, dat zowel zaken ex art. 3:2 BWC als vermogensrechten ex art. 3:6 BWC als trustgoederen kunnen worden aangemerkt. Wat betreft de onder het trustverband te plaatsen vermogensrechten dienen de volgende categorieën te worden onderscheiden:

1. de absolute vermogensrechten¹⁶⁸
2. de relatieve vermogensrechten.

Onder de absolute vermogensrechten vallen de rechten die absoluut van aard zijn en aldus werking jegens derden hebben, zoals het eigendomsrecht en de daarvan afgeleide beperkte rechten en de daarmee samenhangende rechten.¹⁶⁹

¹⁶⁵ De gegevens die openbaar moeten worden gemaakt, worden in art. 5 lid 2 Handelsregisterverordening jo. art. 17a Landsbesluit strekkende tot wijziging Handelsregisterbesluit 2009 opgesomd. Verder is voor deze regeling aansluiting gezocht bij bepalingen omtrent de beperkte openbaarmaking van commanditaire vennootschappen en de bepalingen omtrent de openbaarmaking van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging bij rechtspersonen. Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 14-15.

¹⁶⁶ Art. 3:161 lid 1 en 2 BWC.

¹⁶⁷ Art. 3:127 lid 2 sub a BWC.

¹⁶⁸ Ik volg in casu de opvatting van Struycken. Zie hiervoor: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 95-100.

¹⁶⁹ S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 22-27; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5 en p. 12-15.

Onder deze categorie vallen tevens de rechten op het gebied van de intellectuele eigendom zoals de octrooi-, auteurs- en merkenrechten.¹⁷⁰

Naast de absolute vermogensrechten kunnen op grond van de wet ook de relatieve vermogensrechten, oftewel de persoonlijke rechten onder trustverband worden geplaatst. Deze rechten zijn relatief van aard en derhalve hebben zij slechts werking jegens de wederpartij. Men denke hierbij aan privaatrechtelijke vermogensrechten als vorderingsrechten, alsook aan rechten met een vermogensrechtelijke inslag die aan het publiekrecht zijn ontleend zoals vergunningen en concessies.¹⁷¹ Een goed voorbeeld van een privaatrechtelijk vermogensrecht in de trustwetgeving is een aandeel in een nv of bv zoals bedoeld in art. 3:136 lid 2 sub b jo. artt. 2:103 en 2:203 BWC.

Blijkens art. 3:6 BWC is het niet vereist dat het recht overdraagbaar is, om het als een vermogensrecht te kunnen aanmerken.¹⁷² Gezien het karakter en de wijze van totstandkoming van de trust kunnen alleen vermogensrechten die naar hun aard overdraagbaar zijn onder trustverband worden geplaatst. Indien het vermogensbestanddeel niet overdraagbaar is, kan het bij de totstandkoming van de trust niet onder trustverband worden geplaatst, omdat dit de werking van de trust onmogelijk maakt. Om deze reden dient de overdraagbaarheid in dit specifieke geval een constitutief vereiste te zijn.

3.5.2 Bijzonderheden

3.5.2.1 Een onderneming of aandeel in een openbare personenvennootschap ex art. 3:136 BWC

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer een onderneming of aandeel in een personenvennootschap onder trustverband wordt geplaatst.¹⁷³ Ingevolge art. 3:136 lid 2 sub c BWC dient de trustee, tenzij in de trustakte anders is bepaald, het bestaan van het trustverband te doen inschrijven, voor zover het

170 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 22-27; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5 en p. 12-15.

171 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 3; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5 en p. 12-15.

172 Zie ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4; P.A. Stein, 'GS Vermogensrecht, art. 3:6 BW, aant. 14', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer.

173 Als gevolg van de inwerkingtreding van titel 7.13 BWC op 1 januari 2012 heeft de Curaçaose wetgever de zinsnede "aandeel in een vennootschap" ex artikel 3:136 lid 2 sub c BWC vervangen met de zinsnede "aandeel van een volledig aansprakelijke vennoot in een openbare vennootschap". Zie hiervoor: MvT Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114, p. 2; *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 3.

trustfonds bestaat uit een onderneming of een aandeel van een volledig aansprakelijke vennoot in een openbare vennootschap (*hierna*: openbare personenvennootschap). Uit deze wetsbepaling kan worden afgeleid dat de Curaçaose wetgever het plaatsen van een onderneming (*lees*: eenmanszaak) of aandeel in een openbare personenvennootschap onder het trustverband beoogd heeft.

Een bijzonderheid in dit specifieke geval is dat een onderneming of een aandeel in een openbare personenvennootschap een dynamisch vermogen heeft, bestaande uit een geheel van activa (goederen) en passiva (schulden) dat deel uitmaakt van het eigen vermogen van de insteller. Het meest essentiële punt dat men in casu niet uit het oog mag verliezen, is het feit dat slechts de positieve vermogensbestanddelen, ofwel de ondernemingsactiva, onder trustverband kunnen worden geplaatst.¹⁷⁴ Dit impliceert dat de schulden van een onderneming of van een aandeel in een openbare personenvennootschap die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan en die onderdeel uitmaken van het vermogen van de insteller, géén onderdeel uitmaken van het trustfonds.¹⁷⁵ Immers, het doel van de trust behelst het voordeel verschaffen aan de aangewezen begunstigten of ter verwezenlijking van een bepaald doel, dit in tegenstelling tot rechtspersonen die opgericht worden ter uitoefening van een bedrijf. Voorts kan worden geconstateerd dat als gevolg van het onder trustverband plaatsen van de ondernemingsactiva, respectievelijk de activa die deel uitmaken van een aandeel in een openbare personenvennootschap, het vermogen van deze rechtsvormen niet meer in één persoon is verenigd. Dit betekent dat er de facto geen sprake meer is van een eenmanszaak of aandeel, omdat de schulden enerzijds onderdeel blijven uitmaken van het vermogen van de insteller, terwijl anderzijds de trustee rechthebbende is geworden van de goederen die tot een afgescheiden geheel zijn gaan behoren.¹⁷⁶ Ten gevolge hiervan worden de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de insteller zonder meer beperkt, omdat er na de overdracht ten titel van trust minder positieve vermogensbestanddelen zijn die nog behoren tot het vermogen van de insteller. De notaris zal in dit geval ongetwijfeld dienst moeten weigeren om te voorkomen dat hij bij de afweging van belangen van derden ten opzichte van de trustee een onrechtmatige daad zou kunnen plegen.¹⁷⁷ Kortom, het onderbrengen van een onderneming c.q. een aandeel

174 Burgers gaat er ten onrechte van uit dat – naast bezittingen – tevens schulden en verplichtingen onder trustverband kunnen worden geplaatst. Zie hiervoor: H. Th. Burgers, 'Welkom trust!', *CJB* 2012/2, p. 96; H.Th.M. Burgers, 'Reactie op "De Curaçaose trust in de praktijk" van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926', *WPNR* 2012/6932, p. 410.

175 De schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan, blijven in beginsel onderdeel uitmaken van het vermogen van de insteller. Dit betekent dat deze schulden niet als gevolg van een overdracht ten titel van trust overgaan op de trustee, doch dit kan enkel worden gerealiseerd door middel van een schuldoverneming ex art. 6:155 BWC.

176 Art. 3:127 lid 2 sub a BWC spreekt immers van 'goederen'.

177 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, *NJ* 2015/479 m.nt. S. Perrick (*Novitaris*) en HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.7 – 2.30.

in een openbare personenvennootschap kan thans naar Curaçaos recht tot een actio pauliana leiden.¹⁷⁸

3.5.2.2 De economische eigendom¹⁷⁹

Een ander uitzonderlijk geval is de zogenoemde economische eigendom. De economische eigendom is de verzamelnaam voor constructies die een splitsing van het eigendomsrecht behelzen, waarbij de één formeel rechthebbende is van een goed en aldus de juridische eigenaar, terwijl aan de ander, de economische eigenaar, enkel het economisch belang toekomt.¹⁸⁰

Alhoewel van deze constructie in de praktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt, heeft het Curaçaose burgerlijk recht net als het Nederlandse, de economische eigendom niet in de wet opgenomen. Ten grondslag hieraan ligt het feit dat de term 'economische eigendom' niet meer is dan een geheel van verbintenissenrechtelijke rechten en verplichtingen.¹⁸¹ Derhalve is de 'economische eigendom' niet aan te merken als eigendom ex art. 5:1 BWC.¹⁸² De overdracht van deze groep rechten en verplichtingen is dan slechts mogelijk via een contractsovername ex art. 6:159 BWC, mits de juridische eigenaar hieraan zijn medewerking verleent.¹⁸³

In de reeds aangehaalde passage¹⁸⁴ uit de memorie van toelichting heeft de Curaçaose wetgever het volgende over de economische eigendom opgemerkt:

178 Zie voor een mogelijke oplossing in dit kader paragraaf 4.3.6.

179 De zuivere economische eigendom dient mijns inziens niet te worden verward met het economisch belang, dat uit de splitsing van macht en belang bij de trustfiguur voortvloeit. Zie voor de uiteenzetting van het begrip 'economische eigendom': W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995. Zie ook paragraaf 5.2.3.

180 W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12-13; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, hoofdstuk 7; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 425-427.

181 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*), r.o. 3.4 en HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, NJ 2004/316, m.nt. P.A. Stein (*Vagobol/Geldnet*). Zie ook: W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12-15.

182 Het woord 'overdracht' is volgens Huijgen in de context van de economische eigendom onjuist, aangezien er niets wordt overgedragen krachtens art. 3:84 lid 1 BW. Dit kan analoog worden toegepast op het Curaçaose recht. Zie in dit verband: W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 13-14; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 7.4.

183 C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 295 e.v.; T.J. Mellema-Kranenburg, 'commentaar op art. 6:159 BW', in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer; W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 14-15.

184 Zie ook paragraaf 3.3.3.3.

“Zo wordt de term overdracht vermeden, maar wordt gesproken van het in de macht brengen van de trustee, hetgeen een zgn. ‘economische eigendomsoverdracht’ niet uitsluit, waarbij aan de trustee persoonlijke rechten worden verschaft.”¹⁸⁵

In casu heeft de wetgever niet stilgestaan bij de verplichtingen die aan deze rechten kunnen zijn verbonden. Zoals in het bovenstaande al is besproken, bestaat de constructie ‘economische eigendom’ niet louter uit contractuele rechten, doch ook uit verplichtingen. Er worden aldus naast de persoonlijke rechten als onderdeel van een geheel, ook verplichtingen ‘overgedragen’.¹⁸⁶

Voorts ben ik van mening dat het begrip ‘economische eigendomsoverdracht’ in dit specifieke geval vermeden dient te worden. Het motief hiervoor is dat er geen daadwerkelijke overdracht ex art. 3:84 BWC plaatsvindt, zodat het gebruik van het begrip verwarring met zich mee kan brengen.¹⁸⁷ Daarnaast leidt het gebruik van deze term tot een botsing met het karakter van de trust, waarbij – indien een overdracht ten titel van trust plaatsvindt – wel sprake is van een werkelijke overdracht ex art. 3:84 BWC.

3.5.2.3 Toekomstige goederen

Naar Anglo-Amerikaans trustrecht kunnen toekomstige goederen – in het bijzonder toekomstige vorderingen – uitsluitend onder trustverband worden geplaatst, mits die zullen ontstaan uit een reeds bestaande rechtsverhouding waaraan een tegenprestatie is verbonden.¹⁸⁸ Naar Curaçaos goederenrecht is een overdracht van toekomstige goederen – net als in het Nederlandse goederenrecht – niet mogelijk.¹⁸⁹ Dit leidt mijns inziens ertoe dat op grond van het voorgaande, het toevertrouwen van toekomstige goederen aan de trustee door middel van overdracht ten titel van trust of een eenzijdige verklaring van trust, evenmin mogelijk is.

De levering van toekomstige goederen in het Curaçaose goederenrecht is daarentegen wel onder omstandigheden toegestaan.¹⁹⁰ Toch kan het toevertrouwen van deze toekomstige goederen aan de trustee naar mijn mening tot problemen leiden bij de instelling van de trust in het Curaçaose recht.¹⁹¹ Dit is het geval wanneer de insteller op het tijdstip van toevertrouwen (nog) niet beschikkingsbevoegd is, waardoor de aangewezen trustee niet de rechthebbende kan worden en daarmee niet de formele beschikkingsmacht kan krijgen over de trustgoederen. De trustee wordt immers pas rechthebbende op het

185 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 5.

186 Deze verplichtingen hoeven niet per definitie schulden te zijn.

187 Zie ook: W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 13-14.

188 Zie hiervoor: paragraaf 2.7.2.

189 Zie in dit kader: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 291.

190 Art. 3:97 BWC.

191 Zie ook paragraaf 3.3.3.4.

tijdstip waarop de levering daadwerkelijk is voltooid en daarmee de overdracht van de beoogde trustgoederen is geëffectueerd.¹⁹² Derhalve dient mijns inziens de levering van toekomstige goederen bij de instelling van de trust – teneinde te voorkomen dat de instelling van de trust en daarmee het ontstaan van het trustverband wordt belemmerd – in het Curaçaose recht in alle gevallen wettelijk uitgesloten te worden.¹⁹³

Het bovenstaande neemt in mijn ogen echter niet weg dat de levering van toekomstige goederen – rekening houdend met de in art. 3:97 BWC neergelegde uitzonderingen – wel mogelijk is na de totstandkoming van de trust en daarmee het ontstaan van het trustverband, zolang aan de wettelijke voorwaarden is voldaan.¹⁹⁴

3.5.3 De benaming ‘trustvermogen’

De goederen van de trust worden ingevolge artikel 3:127 lid 2 sub a BWC, naast de benaming ‘trustgoederen’ tevens aangeduid als het trustvermogen. Mijns inziens is de benaming ‘trustvermogen’ in casu niet op haar plaats, gelet op het feit dat dit begrip ten onrechte de indruk wekt dat zowel schulden als goederen voorafgaand aan de instelling van de trust onder trustverband kunnen worden geplaatst, terwijl enkel het onder trustverband brengen van goederen mogelijk is.¹⁹⁵ Dit betekent dat er van schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan, vaak incorrect aangeduid als de trustschulden, nimmer sprake kan zijn.

Nadat de trust tot stand is gekomen kan de trustee wel schulden maken in de uitoefening van zijn functie. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin een onroerende zaak onder trustverband is geplaatst en de trustee onderhoudswerkzaamheden ten aanzien van de genoemde onroerende zaak laat uitvoeren. In een dergelijk geval is hij in beginsel, naar Anglo-Amerikaans recht, persoonlijk aansprakelijk jegens derden voor de schulden die voortvloeien uit de onderhoudswerkzaamheden en kunnen de schuldeisers deze schulden in beginsel verhalen op zijn privévermogen.¹⁹⁶ In het Curaçaose recht dient voor dit soort situaties aansluiting te worden gezocht bij het bepaalde in artt. 3:136 lid 3 en 3:157 BWC. Om de verhaalsmogelijkheden op het privévermogen

192 Pas op het tijdstip waarop de overdracht is geëffectueerd gaat het goederenrechtelijk trustverband kleven aan de aangewezen goederen.

193 Zie voor een mogelijke oplossing in dit kader paragraaf 4.3.15.4.

194 Men denke bijvoorbeeld aan art. 3:94 lid 3 BWC waarin is bepaald dat cessie van relatief toekomstige vorderingen mogelijk is, mits aan de wettelijke voorwaarden is voldaan.

195 Vgl. ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 161 en W.J. Zwalve, “You can’t have your cake and eat it.” Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht’, *RMThemis* 2015/4, p. 141-142.

196 Zie paragraaf 2.4.7.

van de trustee te beperken en de functie van trustee aantrekkelijker te maken, vermoed ik dat de Curaçaose wetgever heeft besloten om op dit punt af te wijken van het Anglo-Amerikaanse, in het bijzonder het Engelse recht.¹⁹⁷

Conform art. 3:136 lid 3 BWC moet de trustee te allen tijde – behoudens het bepaalde in de trustakte, de verkeersopvattingen of de onmogelijkheid c.q. het verbod naar het toepasselijke recht – aan zijn wederpartij kenbaar maken dat hij als trustee optreedt. Is zijn hoedanigheid kenbaar voor de derde, dan is hij als trustee aansprakelijk voor de schulden die hij in het kader van de uitoefening van zijn functie maakt, doch is zijn privévermogen niet vatbaar voor verhaal en zijn de schuldeisers aangewezen op de trustgoederen.¹⁹⁸ In dit kader meen ik dat het gebruik van het woord ‘trustschuld’ wel passend is, ondanks het feit dat ook deze ‘trustschulden’ geen onderdeel zijn van het geheel van trustgoederen. Is hij niet bekend als trustee bij de derde, dan is hij evengoed in de hoedanigheid van trustee aansprakelijk maar is verhaal door de schuldeisers uitsluitend mogelijk op zijn privévermogen.^{199/200}

Hoewel de Curaçaose wetgever een zekere betekenis toekent aan de term ‘trustvermogen’, is het gebruik hiervan naar mijn mening vatbaar voor meerdere interpretaties. Enerzijds zou het begrip ‘trustvermogen’ – zoals neergelegd in artt. 3:127 lid 2 sub a, 3:137 lid 1 en 3:155 lid 1 BWC – kunnen verwijzen naar het begrip afgescheiden geheel van goederen, waarbij de trustgoederen afgescheiden dienen te blijven van het privévermogen van de trustee. Anderzijds zou deze benaming tevens kunnen duiden op het feit dat schuldeisers van de schulden die zijn gemaakt in het kader van het beheer van de trust – de trustschulden – een exclusieve verhaalspositie hebben en zich derhalve boven alle andere schuldeisers²⁰¹ kunnen verhalen op de trustgoederen. In dat laatste geval kan de exclusiviteit in de verhaalspositie evenwel trekken van een ‘afgescheiden vermogen’ vertonen, in het bijzonder in de situatie dat een onderneming c.q. een aandeel in een openbare personenvennootschap in een trust is ondergebracht.

Mede gelet op het bovenstaande en ter voorkoming van verwarring, moeten in plaats van het begrip ‘trustvermogen’, aanduidingen als ‘het geheel van afgescheiden trustgoederen’, ‘trustgoederen’ of het Nederlandse equivalent van het Anglo-Amerikaanse woord ‘trustfund’, het zogenaamde ‘trustfonds’, worden gebezigd teneinde zo dicht mogelijk te blijven bij de definitie in het

197 Vgl. ook: S.C.J.J. Kortmann, ‘Past “de trust” in het Nederlandse recht?’, in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 187.

198 Zie ook art. 3:157 lid 1 BWC waarin is bepaald dat onder andere de uitgaven die door de trustee zijn gedaan, in beginsel ten laste van het zuiver inkomen uit het trustfonds en vervolgens van het trustfonds komen.

199 Art. 3:143 lid 1 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11.

200 Teneinde transparantie te bevorderen en misbruik van de trustfiguur tegen te gaan, is het naar mijn mening wenselijk dat de trustee zijn hoedanigheid te allen tijde kenbaar maakt.

201 Men denke bij ‘andere schuldeisers’ bijvoorbeeld aan de schuldeisers van de begunstigten.

Anglo-Amerikaanse trustrecht. Voorts spreekt het Anglo-Amerikaanse recht van 'trust property' ofwel 'assets' c.q. 'trust res', hetgeen op trustgoederen duidt.²⁰²

3.6 De betrokkenen bij de trustverhouding

3.6.1 De insteller

Ingevolge art. 3:127 lid 1 BWC is de insteller de persoon die de trust in het leven heeft geroepen. Het Curaçaose recht geeft de insteller de mogelijkheid om zowel als trustee, begunstigde of als protector op te treden.²⁰³ Ik meen dat de insteller als degene die de trust heeft ingesteld tegelijkertijd slechts twee van de genoemde functies kan vervullen, zolang hij niet zowel trustee als enige begunstigde of zowel trustee als protector is. In dat geval zal het karakter van de trust verloren gaan en kan er geenszins worden gesproken van een trust.

Hoewel de wet zich verder niet uitlaat over de persoon van de insteller, kan mijns inziens uit de wettekst worden afgeleid dat zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen insteller kunnen zijn en is het denkbaar dat er – zoals reeds is aangestipt – meerdere instellers gezamenlijk een trust kunnen instellen.²⁰⁴

Terzijde merk ik op dat een instelling van een trust door een zestienjarige in theorie mogelijk is bij uiterste wilsbeschikking krachtens art. 4:55 BWC. Ik acht dit echter in de praktijk niet realiseerbaar, gezien de complexiteit van deze rechtsfiguur.

3.6.2 De trustee

Bij de instelling van de trust benoemt de insteller een trustee die ten behoeve van de begunstigde of ter verwezenlijking van een bepaald doel volledig rechthebbende wordt van hetgeen onder trustverband is geplaatst. Om als trustee te kunnen optreden, dient de aanstaande trustee de benoeming te

202 Vgl. ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 161 en W.J. Zwolve, 'You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 142. Anders: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 74-75.

203 Art. 3:134 lid 2, 3:153 lid 2 en 3:148 lid 1 BWC. Zie hiervoor ook: art. 3:159 lid 1 sub d BWC en J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 289.

204 Art. 3:134 lid 1 jo. lid 2 jo. art. 3:32 lid 1 BWC. Zie voor meerdere instellers paragraaf 3.3.3.3.

aanvaarden.²⁰⁵ Zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen rechtsgeldig als trustee optreden.²⁰⁶

Ingevolge de wet kan de insteller zichzelf of een derde als trustee aanwijken.²⁰⁷ De trustee mag echter niet de enige begunstigde zijn en kan evenmin als protector optreden.²⁰⁸

Voorts geldt in het Curaçaose recht – zoals eerder aangegeven in paragraaf 3.3.1 – het bijkomende vereiste dat tenminste één trustee op Curaçao woonachtig, dan wel gevestigd dient te zijn.²⁰⁹

Met betrekking tot rechtspersonen kunnen specifieke kwaliteitseisen worden gesteld en is om deze reden een vergunning van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten vereist aan het trusteeschap.²¹⁰ Daarnaast is de Raad van Toezicht inzake het fiduciair bedrijf bevoegd om aan het fungeren als trustee nader door hem te bepalen kwaliteitseisen te stellen.²¹¹ Ook kunnen voor bijzondere activiteiten bepaalde eisen worden gesteld.²¹² Indien een trustkantoor als trustee optreedt is de Landsverordening toezicht trustwezen²¹³ van toepassing en blijft deze regeling ondanks de toepasselijkheid van trustwetgeving onverkort gelden.²¹⁴ De wetgever heeft dit noodzakelijk geacht ter voorkoming van frauduleuze praktijken.²¹⁵

Inzake het beheer van en de beschikking over de trust kan er sprake zijn van meerdere trustees. In een zodanig geval ontstaat er een gemeenschap van goederen en is titel 3.7 BWC ten aanzien van hun bevoegdheden van toepassing.²¹⁶ In de trustakte kan hiervan worden afgeweken. Het is mij thans echter niet duidelijk of de wetgever daadwerkelijk de toepassing van alle bepalingen

205 Men vergelijk de eerdergenoemde met de benoeming en aanvaarding van een executeur ex artikel 4:143 BWC. Zie ook artikel 3:130 lid 3 sub b BWC.

206 Art. 3:134 lid 1 BWC.

207 Art. 3:134 lid 2 BWC.

208 Art. 3:159 lid 1 sub d BWC en 3:148 lid 2 BWC. Indien dit toch het geval is, houdt de trust op te bestaan. Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

209 Art. 3:130 lid 3 sub b BWC.

210 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7 en art. 2 Landsverordening toezicht trustwezen. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12-13. (onderdeel F).

211 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7 en art. 2 Landsverordening toezicht trustwezen. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12-13 (onderdeel F).

212 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7 en art. 2 Landsverordening toezicht trustwezen. Zie ook: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 12-13 (onderdeel F).

213 Landsverordening toezicht trustwezen, *Publicatieblad* 2003, nr. 114.

214 Art. 3:126 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

215 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

216 Art. 3:138 BWC; *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 13 (onderdeel F).

in titel 3.7 BWC op een groep der trustees heeft beoogd, aangezien dat de werking van de trust kan belemmeren.^{217/218}

3.6.3 De protector

Indien dit bij trustakte is bepaald, is de protector de persoon die de wettelijke verplichting heeft om toezicht te houden op de trustee(s) inzake het beheer van de trust.²¹⁹ Deze functie heeft derhalve een facultatief karakter en kan volgens de Curaçaose wetgever worden vergeleken met een onafhankelijke commissaris bij het uitoefenen van een toezichthoudende functie bij een naamloze vennootschap.²²⁰ De figuur van de protector komt steeds meer voor, met name in de 'offshore' trustwetgeving.²²¹

Evenals bij de trustee het geval is, kunnen zowel handelingsbekwame natuurlijke personen als rechtspersonen als protector fungeren.²²² De protector kan niet gelijktijdig met zijn functie als protector trustee of enige begunstigde zijn.²²³

3.6.4 De begunstigde

Naast de benoeming van de trustee kan de insteller een persoon aanwijzen als begunstigde van het trustfonds. Zolang zijn aanstelling niet als een paulianeuze handeling wordt beschouwd, is de insteller bevoegd om zichzelf als begunstigde aan te wijzen.²²⁴

Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen als begunstigde fungeren.²²⁵ Ook is het mogelijk om nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen, mits voldoende bepaalbaar, als begunstigde aan te merken.²²⁶ Indien er nog geen begunstigde bestaat, stuit men op het probleem dat de Curaçaose wetgever niet bij wet heeft geregeld welke personen bevoegd

217 De memorie van toelichting geeft op dit punt geen toelichting, doch verwijst wel naar art. 3:170 leden 2 en 3 BWC. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

218 Zie voor een mogelijke oplossing voor deze problematiek paragraaf 4.3.15 onder e.

219 Art. 3:147 lid 1 BWC.

220 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11-12.

221 Vgl. in dit kader paragraaf 2.4.8. Vgl. ook: M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 100-103.

222 Art. 3:148 lid 1 BWC.

223 Art. 3:148 lid 2 en 3 BWC.

224 Ik ben het met De Boer eens dat, wanneer de trustee tevens één van de begunstigten is, er sprake is van een verhoogd gevaar voor tegenstrijdig belang ex artikel 3:139 lid 3 jo. 3:137 lid 3, tweede zin BWC. Zie: J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 289 en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 12. Zie ook: art. 3:46 lid 1 sub g BWC.

225 Dit gegeven kan uit de wet worden afgeleid. Zie hiervoor: art. 3:134 lid 1 jo. art. 3:153 lid 1 BWC.

226 Art. 3:153 lid 1 BWC.

zijn om ten behoeve van de nog niet bestaande begunstigde het recht van de begunstigde uit te oefenen op het moment dat de trustee zijn trustrechtelijke verplichtingen schendt.

Een aanwijzing van de begunstigde die onherroepelijk en jegens de begunstigde om niet is, geldt krachtens art. 3:153 lid 3 BWC als aanvaard, indien zij ter kennis van de begunstigde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen.²²⁷ De memorie van toelichting verduidelijkt echter niet in welke situaties een begunstiging anders dan om niet kan geschieden en in hoeverre en op welke wijze deze regel dient te worden toegepast op potentiële begunstigten van een ‘discretionary’ trust die wel een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies verwerven, doch (nog) geen economisch belang hebben in de trust.²²⁸ Hoewel over de achterliggende redenen voor het opnemen van het voornoemde geen uitlatingen in de memorie van toelichting zijn gedaan, lijkt het dat de Curaçaose wetgever in dit geval dezelfde systematiek heeft gevolgd bij onder andere de aanvaarding van het aanbod tot omzetting van een natuurlijke verbintenis (art. 6:5 lid 2 BWC), aanvaarding van het aanbod tot afstand om niet (art. 6:160 lid 2 BWC) en de aanvaarding van een onherroepelijk derdenbeding om niet (art. 6:253 lid 4 BWC).^{229,230}

Uit art. 3:153 lid 3 BWC kan worden afgeleid dat aanvaarding vereist is voor de verwerving van de bundel van trustrechtelijke rechten, bevoegdheden en remedies door de begunstigde en het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen trustee en begunstigde.²³¹ Deze wetsbepaling staat evenwel volledig haaks op de goederenrechtelijke werking van het trustverband en derhalve de werking van de trust. Aanvaarding veronderstelt een bepaalde inspanning. Van inspanning is naar mijn mening eveneens sprake wanneer de begunstigde kennis heeft genomen van zijn aanwijzing als begunstigde en hij deze niet onverwijld heeft afgewezen. Bij de instelling van de Curaçaose trust ontstaat ten gevolge van de creatie van het trustverband – anders dan bij aanvaarding het geval is – niet alleen *van rechtswege* een trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde of de potentiële begunstigde, doch verwerft de (potentiële) begunstigde tevens *van*

227 Art. 3:153 lid 3 BWC.

228 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 12. Er wordt in casu überhaupt niet een toelichting op de genoemde problematiek gegeven.

229 De nota van wijziging vermeldt enkel dat de art. 3:153 lid 3 BWC ontleend is aan art. 6:253 lid 4 BWC. Zie hiervoor: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 14.

230 Vgl. in dit kader onder andere: C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, nr. 570; C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2021, nr. 316.

231 De wijze waarop art. 3:153 lid 3 BWC is geformuleerd en het feit dat de memorie van toelichting zwijgt over de potentiële begunstigde, wijst mijn inziens erop dat de Curaçaose wetgever geen rekening heeft gehouden met potentiële begunstigten op dit punt.

rechtswege een bundel van trustrechtelijke rechten, bevoegdheden en remedies. Een aanvaarding in dat kader is niet een *conditio sine qua non* voor het ontstaan van het voornoemde. Het vastleggen van art. 3:153 lid 3 BWC laat derhalve wederom zien dat de Curaçaose wetgever op dit punt wellicht een onjuist beeld van de trustfiguur voor ogen had.²³²

3.7 De opvolging, toetreding en het einde van de hoedanigheid van trustee bij de Curaçaose trust

3.7.1 *De benoeming van een trustee ter vervanging van een andere trustee of uitbreiding van een groep trustees*²³³

In het voorgaande is reeds de situatie uiteengezet waarin de insteller op het moment van de instelling van de trust een trustee benoemt en de trustee vervolgens door middel van een overdracht ten titel van trust of een eenzijdige verklaring van trust de trustgoederen verkrijgt. Een trustee kan echter ook op een later tijdstip worden aangesteld, wanneer een bestaande trustee wordt vervangen of de groep der trustees wordt uitgebreid. In casu wordt er gesproken van een opvolging of toetreding van een trustee.

Het Curaçaose trustrecht verplicht de insteller – ingevolge art. 3:130 lid 2 sub c BWC – een voorziening te treffen ter verzekering dat niet een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken. Daarenboven kan op grond van art. 3:144 lid 5 BWC in de trustakte worden bepaald dat de insteller of protector naar eigen goeddunken de trustee al dan niet kan vervangen. Hieruit kan worden afgeleid dat de benoeming van nieuwe trustees gedurende het bestaan van de trust in ieder geval kan plaatsvinden krachtens een benoemingsbeding in de trustakte c.q. uiterste wil, waarbij de insteller de vrijheid heeft om te bepalen aan wie deze benoemingsbevoegdheid wordt toegekend. Ook blijkt uit art. 3:144 lid 7 BWC dat de rechter – op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, dan wel ambtshalve – de bevoegdheid heeft om nieuwe trustees te benoemen.²³⁴

Hetgeen in casu opvalt is dat het onduidelijk is of er aan de benoeming van een trustee gedurende het bestaan van de trust vormvoorschriften zijn verbonden, zoals wel het geval is bij de eerste benoeming van de trustee. Daarnaast is het bevreemdend dat de Curaçaose wetgever niet in een wettelijke bevoegdheid inzake een opvolgende benoeming heeft voorzien.²³⁵

²³² Zie voor een mogelijke oplossing hiervoor paragraaf 4.3.15.6.

²³³ Gelet op het feit dat de Curaçaose wetgever geen rekening heeft gehouden met de trust die is ingesteld bij uiterste wilsbeschikking, dient in deze paragraaf mede onder 'trustakte' de uiterste wil te worden verstaan.

²³⁴ In casu gaat het – krachtens het bepaalde in art. 3:144 lid 7 BWC – om de benoeming van een op Curaçao gevestigde of woonachtige trustee.

²³⁵ Zie voor een oplossing hiervoor paragraaf 4.3.12.

Vindt er een opvolging of toetreding van een trustee plaats, dan wordt ingevolge art. 3:145 lid 1 BWC het trustfonds of een aandeel hierin van rechtswege verkregen en geschiedt de verkrijging derhalve onder algemene titel.²³⁶ Dit impliceert dat zowel de goederen die deel uitmaken van het trustfonds als de schulden die de voorgaande trustee in het kader van zijn functie heeft gemaakt, overgaan op de nieuwe trustee. Anders dan bij een eenzijdige verklaring van trust is er in het onderhavige geval echter wél sprake van een vermogensverschuiving van de ene (defungerende) trustee naar de opvolgende c.q. toetredende trustee, zodat er in dit specifieke geval gesproken kan worden van een *eigendomsovergang*.

Ingeval een trustee op enig moment ontbreekt, wordt de opvolgende trustee geacht het trustfonds onder algemene titel te hebben verkregen vanaf het tijdstip van defungeren van de laatste trustee.²³⁷ Door het gebruik van de bewoordingen 'wordt geacht' kan worden opgemaakt dat de Curaçaose wetgever aan de benoeming in het voornoemde geval terugwerkende kracht heeft toegekend. Hoewel een toelichting op dit punt in de memorie van toelichting ontbreekt, is het toekennen van terugwerkende kracht zonder meer noodzakelijk, teneinde te voorkomen dat in het tijdsbestek tussen het defungeren van de voormalige trustee en de benoeming van de nieuwe trustee, de trust geen rechthebbende heeft met alle negatieve consequenties voor de werking en het bestaan van de trust tot gevolg.

Het blijkt overigens dat de Curaçaose wetgever uit praktische overwegingen en omwille van de rechtszekerheid heeft gekozen voor een verkrijging onder algemene titel. Zonder een dergelijke bepaling zouden er moeilijkheden²³⁸ kunnen rijzen ten aanzien van de overdracht bij iedere opvolging of toetreding en zou op deze wijze de praktische werking van de trust in het rechtsverkeer belemmerd worden.²³⁹

3.7.2 De schorsing en het einde van de hoedanigheid van de trustee

3.7.2.1 Schorsing

Op voet van art. 3:144 lid 2 BWC kan de trustee door een protector, of op verzoek van in de trustakte daartoe aangewezen personen of het openbaar ministerie, door de rechter in eerste aanleg worden geschorst. Echter, indien in dat geval niet binnen vier weken wordt overgegaan tot het instellen van

²³⁶ Art. 3:145 lid 1 jo. art. 3:80 lid 2 BWC.

²³⁷ Art. 3:145 lid 1, 2e volzin BWC. Zie ook paragraaf 3.3.3.1.

²³⁸ Men denke aan de situatie waarin de trustee overlijdt en de opvolgende trustee het trustfonds moet verkrijgen of de situatie waarin verplichtingen en/of schulden in het kader van de functie van de trustee moeten worden overgenomen.

²³⁹ Vgl. ook: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 218-220.

een onderzoek naar omstandigheden die tot de schorsing hebben geleid, vervalt de schorsing.²⁴⁰

3.7.2.2 Einde hoedanigheid trustee

De hoedanigheid van de trustee wordt in het Curaçaose recht op grond van art. 3:144 leden 1,4,5, en 6 BWC in de volgende situaties beëindigd:

- a. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, door neerlegging van zijn taak zonder dat zulks onnodige schade voor de begunstigde of het trustfonds veroorzaakt;
- b. Door middel van ontslag door de rechter in eerste aanleg, op verzoek van de protector, het openbaar ministerie of, tenzij in de trustakte anders is bepaald, de insteller of begunstigde, dan wel andere in de trustakte daartoe aangewezen personen;
- c. Door de uitoefening van een beëindigingsbeding toegekend aan een persoon krachtens de trustakte;
- d. Door diens dood, faillietverklaring, ondercuratelestelling of door de instelling van een bewind als bedoeld in titel 19 van boek 1 over één of meer van zijn goederen, dan wel, rechtspersoon zijnde, door een besluit tot ontbinding.

Zoals ook het geval is bij de benoeming van een trustee gedurende het bestaan van de trust, is het onzeker of vormvereisten zijn verbonden aan de situaties waarbij de hoedanigheid van de trustee eindigt in gevallen onder sub a en c voormeld.

Hetgeen in dit kader tot heden onbeantwoord is gebleven is de vraag wat de gevolgen zijn indien een trustee is gedefungeerd en geen nieuwe trustee zijn benoemd of indien er geen nieuwe trustee kunnen worden benoemd na het einde van de hoedanigheid van de trustee.²⁴¹ In dergelijke gevallen dient naar mijn mening aansluiting te worden gezocht bij het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Op het tijdstip dat de hoedanigheid van de trustee wordt beëindigd, zal zijn aandeel in het trustfonds dat aan hem toebehoorde in diens hoedanigheid van trustee naar Anglo-Amerikaans recht aanwassen bij de overige trustee in functie, en zij verkrijgen van rechtswege het aandeel van de defungerende trustee naar evenredigheid van de hun toekomende delen. Ontbreken er trustee en kunnen geen nieuwe trustee worden benoemd, dan zullen de overgebleven trustgoederen – na het voldoen van de trustschulden en tenzij in de trustakte bepaald is dat de trustgoederen aan de beneficiaries moeten worden overgedragen – moeten terugkeren naar het vermogen of de nalatenschap van de settlor.

²⁴⁰ Art. 3:144 lid 3 BWC.

²⁴¹ Behoudens het bepaalde in art. 144 lid 7 BWC en art. 3:159 BWC.

3.8 Het karakter van de rechtsverkrijging

Art. 3:80 BWC geeft de algemene regels voor de verkrijging en het verlies van goederen. Conform deze wetsystematiek kan een verkrijging van de trustgoederen (*lees ook*: het trustfonds) zowel onder algemene als bijzondere titel geschieden. In het Curaçaose trustrecht wordt voor een duidelijk begrip van het karakter van de rechtsverkrijging, de rechtsverkrijging bij een ‘inter vivos’ trust en de rechtsverkrijging bij testamentaire trust apart toegelicht.

3.8.1 De ‘inter vivos’ trust

Over het karakter van de rechtsverkrijging bestond in het Curaçaose trustrecht al enige tijd onzekerheid, omdat de Curaçaose wetgever hierover volstrekt zweeg. Zoals reeds is uiteengezet heeft de regering van Curaçao inmiddels meer duidelijkheid verschaft inzake de eigendomsovergang van de onder trustverband geplaatste goederen.²⁴² Voor wat betreft de overdracht ten titel van trust, gaan de goederen die onder trustverband worden geplaatst in beginsel over op de trustee onder bijzondere titel. Heeft de insteller daarentegen een ‘inter vivos’ trust in het leven geroepen door middel van een eenzijdige verklaring van trust, dan vindt de verkrijging mijns inziens plaats noch onder bijzondere titel, noch onder algemene titel.

Naast de besproken wijzen kunnen er gedurende de looptijd van de trust evenzeer trustgoederen door de opvolgende of toetredende trustee worden verkregen. In dat geval vindt de rechtsverkrijging plaats onder algemene titel.²⁴³

3.8.2 De testamentaire trust

In paragraaf 3.3.3.3 is reeds toegelicht dat de Curaçaose wetgever uitermate vaag is over de wijze van toevertrouwen, ingeval de trust bij uiterste wilsbeschikking in het leven wordt geroepen. Uit de wettekst van de voorgestelde wetswijziging valt evenmin af te leiden op welke wijze de tijdspanne tussen het overlijden van de insteller en de verkrijging van de trustgoederen door de trustee moet worden opgelost. Dientengevolge is thans het karakter van de rechtsverkrijging ingeval van een testamentaire trust onbekend.

²⁴² Zie paragraaf 3.3.3.3.

²⁴³ Art. 3:145 lid 1 BWC.

3.9 Het recht van de begunstigde naar Curaçaos recht

3.9.1 *Het karakter van het recht van de begunstigde*

Zodra de rechtsgeldige instelling van een Curaçaose trust heeft plaatsgevonden en het trustverband op de goederen rust, ontstaat ten gevolge hiervan een trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde.²⁴⁴ Het ontstaan van deze trustrechtelijke rechtsverhouding heeft tevens tot gevolg dat aan de begunstigde van rechtswege rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies wordt toegekend, die gerelateerd zijn aan het beheer en de uitvoering van de trust. Deze bundel van rechten, bevoegdheden en remedies kan – zoals ook in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – het beste worden omschreven als ‘het recht van de begunstigde’. Ondanks het feit dat het recht van de begunstigde, de uitoefening en de aard hiervan tot één van de fundamenteën van het trustrecht behoort en wezenlijk is voor het bestaan en de werking van de trust, heeft de Curaçaose wetgever dit onderwerp in zijn geheel onbesproken gelaten. Ook in de Curaçaose rechtsliteratuur is tot heden niet hierover geschreven. Gelet op het voormelde dient mijns inziens zonder meer – voor zover niet strijdig met het Curaçaose rechtssysteem – inspiratie te worden gezocht in het Anglo-Amerikaanse trustrecht.

Mijns inziens omvat het recht van de begunstigde – evenals in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – zowel verbintenisrechtelijke als goederenrechtelijke rechten, bevoegdheden en remedies die aan de begunstigde toekomen. De aard van het recht van de begunstigde is evenwel afhankelijk van de strekking van het trustverband, hetgeen betekent dat het type trust dat is ingesteld en de specifieke voorwaarden die in de trustakte zijn neergelegd aangeven welke rechten, bevoegdheden en remedies de begunstigde precies heeft. Niettemin heeft iedere begunstigde – ongeacht de strekking van het trustverband – naar ik meen ook in het Curaçaose trustrecht een aantal basisrechten, bevoegdheden en remedies. Het voorgaande geldt in mijn optiek in beginsel eveneens voor de potentiële begunstigten, ook al rept de memorie van toelichting hier geen woord over.

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

3.9.2.1 *Het recht op behoorlijk beheer van de trust*

Terwijl het Curaçaose trustrecht het niet expliciet benoemt, kan uit artt. 3:135 lid 1 en 3:143 lid 1 BWC worden afgeleid dat alle (potentiële) begunstigten van een trust het recht hebben op behoorlijk beheer van de trust door de trustee. Net als in het Anglo-Amerikaanse recht, omvat het recht op behoorlijk

²⁴⁴ Zie ook paragraaf 3.3.2.

beheer van de trust in het Curaçaose trustrecht naar ik meen het recht op rekening en verantwoording, het recht op informatie en het recht op inzage van de trustdocumenten. Voorts berust het recht op behoorlijk beheer van de trust op de zorgplicht van de trustee als fiduciair en beheerder van de trustgoederen.²⁴⁵ Het recht op rekening en verantwoording en het recht op inzage van trustdocumenten zijn echter wel nadrukkelijk in de wet neergelegd.²⁴⁶ Het is naar mijn mening jammer dat de Curaçaose wetgever voor wat betreft het recht op behoorlijk beheer van de trust en de samenhang tussen de rechten die daaronder vallen, geen uitleg heeft gegeven. Een uitgebreide uitleg in de memorie van toelichting zou duidelijkheid scheppen over de wijze waarop het recht op behoorlijk beheer van de trust is opgebouwd. Zodoende kan de (potentiële) begunstigde dit recht op een zo efficiënt mogelijke wijze uitoefenen en weet de trustee precies op welke wijze de begunstigde jegens hem zou kunnen optreden indien hij tekortschiet in zijn trustrechtelijke verplichtingen.

3.9.2.1.1 *Het recht op rekening en verantwoording*

Art. 3:137 lid 3 BWC regelt het recht op rekening en verantwoording van een (potentiële) begunstigde ter zake van het door de trustee gevoerde beheer.²⁴⁷ Krachtens deze bepaling is de trustee, tenzij in de trustakte anders is bepaald, verplicht jaarlijks, alsmede bij het einde van de trust, aan de begunstigde rekening en verantwoording af te leggen over zijn bestuur (*lees*: beheer). Daarbij wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van rechtshandelingen waarbij een trustee of protector een tegenstrijdig eigen belang had. Het bevreemdt mij dat de Curaçaose wetgever gekozen heeft om deze bepaling niet van dwingend recht te maken.²⁴⁸ Door de uitoefening van het recht op rekening en verantwoording afhankelijk te maken van de trustvoorwaarden, wordt geweld gedaan aan de meest fundamentele principes van het trustrecht, met name één van de belangrijkste basisrechten van de (potentiële) begunstigde om efficiënt controle uit te kunnen oefenen op de werkwijze en de handelingen van de trustee. Dit kan de werking van de trust beletten. Daarnaast kan de (potentiële) begunstigde met het recht op rekening en verantwoording toetsen of de trustee al dan niet in strijd handelt met zijn trustrechtelijke verplichtingen en derhalve een 'breach of trust' pleegt oftewel zich schuldig maakt aan onbehoorlijk beheer. Juist het afwijken van fundamentele principes van het trustrecht, behoeft mijns inziens zonder meer motivering. In casu ontbreekt dit helaas in de memorie van toelichting.

245 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 8 en 11.

246 Art. 3:137 lid 3 en art. 3:154 lid 4 BWC.

247 Zie ook: art. 3:127 lid 2 sub c BWC.

248 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

3.9.2.1.2 *Het recht op inzage van trustdocumenten*

In het Curaçaose recht is het recht op inzage van trustdocumenten opgenomen in art. 3:154 lid 4 BWC. Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, is elke (potentiële) begunstigde afzonderlijk bevoegd jaarlijks naar aanleiding van de afgelegde rekening en verantwoording, voor eigen rekening een onderzoek in te stellen, overlegging te verlangen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, zich de tot het trustfonds behorende waarden te doen tonen en de op het trustfonds betrekking hebbende administratie te onderzoeken. In dat kader kan de begunstigde zich bij de uitoefening van deze bevoegdheden doen bijstaan door een deskundige. Hieruit volgt dat deze bepaling van regelend recht is en het recht van de begunstigde op inzage van de trustdocumenten in het Curaçaose trustrecht veel ruimer is dan in het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Een verklaring hiervoor heeft de Curaçaose wetgever in de memorie van toelichting achterwege gelaten.²⁴⁹ Gezien het feit dat de uitoefening van het recht op inzage nauw samenhangt met het recht op rekening en verantwoording, is de mogelijkheid tot afwijking bij trustakte – zoals ook het geval is bij het recht op rekening en verantwoording en voor dezelfde redenen – geheel in strijd met de fundamentele beginselen van het trustrecht. Voorts lijkt het mij onverstandig om een begunstigde inzage te verlenen in alle trustdocumenten en toegang te geven tot alle gegevens. Dat zou betekenen dat hij ook inzage zou kunnen krijgen in documenten die geen betrekking hebben op zijn belangen in de trust. Teneinde te verzekeren dat de (potentiële) begunstigde zo effectief mogelijk zijn recht kan uitoefenen, dient mijns inziens bij het verzoek van de begunstigde tot inzage per geval te worden bepaald welke trustdocumenten precies de (potentiële) begunstigde kan inzien.²⁵⁰ Inzage in een trustdocument zou naar mijn mening – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – moeten worden verleend, voor zover de informatie in het trustdocument betrekking heeft op zijn verzoek en noodzakelijk is voor de effectieve uitoefening van zijn recht.

3.9.2.1.3 *Het recht op informatie*

Een recht dat iedere begunstigde heeft in het Anglo-Amerikaanse trustrecht dat ook onderdeel is van het recht op behoorlijk beheer van de trust, is het recht op informatie ter zake het zijn van een (potentiële) begunstigde van een trust. Een wetsbepaling met betrekking tot het recht op informatie komt in het Curaçaose trustrecht niet voor. Het is derhalve niet bekend of de trustee verplicht is de begunstigde te informeren over het bestaan van de trust tenein-

249 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

250 Het verlenen van inzage kan onder andere afhangen van het type trust dat is ingesteld, de trustvoorwaarden of de aard van het recht van de begunstigde. Een begunstigde van een 'fixed' trust zal – vanwege zijn concrete aanspraak in de trust – meer informatie nodig hebben dan een potentiële begunstigde van een 'discretionary' trust en zou derhalve inzage verlangen in meer documenten.

de hem in staat te stellen gebruik te maken van zijn verworven rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies. De Curaçaose wetgever heeft evenmin voorzien in het geval dat er gekozen wordt om de begunstigde niet te informeren en de (potentiële) begunstigde in dat geval niet zijn recht van begunstigde kan uitoefenen. De vraag hoe in dergelijke gevallen getoetst dient te worden of de trustee overeenkomstig zijn trustrechtelijke verplichtingen handelt, blijft als gevolg van het ontbreken van een voorziening derhalve ook onbeantwoord.

3.9.2.2 *Geen bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust*

In het Anglo-Amerikaanse trustrecht hebben (potentiële) begunstigden de bijzondere bevoegdheid tot vroegtijdige ontbinding van de trust, zolang zij een onvoorwaardelijk en onaantastbaar recht in het trustfonds hebben, tezamen wilsbekwaam en handelingsbekwaam zijn en zij unaniem een besluit tot ontbinding hebben genomen. Deze regel wordt ook wel als de *Saunders v Vautier* rule aangeduid. In tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht, heeft Curaçao deze mogelijkheid niet in de wet geïntroduceerd.²⁵¹ Het is thans onbekend welke redenen hieraan ten grondslag hebben gelegen. Gelet op de complexiteit van deze bevoegdheid en de inbreuk op de autonomie van insteller in het kader van de trust, is het in mijn ogen een goede keuze van de Curaçaose wetgever geweest om een dergelijke bevoegdheid niet op te nemen.

3.9.2.3 *Andere rechten en bevoegdheden*²⁵²

Het Curaçaose trustrecht kent aan de insteller een grote mate van vrijheid toe.²⁵³ Dit brengt met zich mee dat de insteller in de trustakte zelf rechten en bevoegdheden voor de (potentiële) begunstigden kan creëren, mits dat niet in strijd is met de beginselen van het Curaçaose burgerlijk recht.

3.9.2.4 *Remedies van de begunstigde bij onbehoorlijk beheer van de trust*

Blijkens art. 3:135 lid 1 BWC is de trustee verplicht de trustgoederen in overeenstemming met de wet en de bepalingen van de trustakte te besturen (*lees*: beheren) en zijn bevoegdheden in overeenstemming met de aard van de trustgoederen en met de zorgvuldigheid die uit zijn vertrouwenspositie voort-

²⁵¹ In afwijking van het Engelse recht heeft het Amerikaanse recht het *Saunders v Vautier* rule afgeschaft. Zie hierover o.a.: P. Matthews, 'The comparative importance of the rule in *Saunders v. Vautier*', *Law Quarterly Review* 2006/122, p. 282-287.

²⁵² Zie ook paragraaf 3.4.

²⁵³ MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 4.

vloeit, uit te oefenen.²⁵⁴ Hieruit volgt mijns inziens dat zolang de trustee zich gedraagt als een goede trustee betaamt en handelt overeenkomstig de wet en de in de trustakte neergelegde voorwaarden, de begunstigde zijn handelen dient te respecteren.²⁵⁵ Echter, indien er sprake is van een zogenoemde 'breach of trust', oftewel onbehoorlijk beheer van de trust, is de trustee aansprakelijk, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.^{256/257}

Wanneer is er sprake van een 'breach of trust', oftewel onbehoorlijk beheer van de trust? De memorie van toelichting beantwoordt deze vraag niet. Naar mijn mening dient onder 'breach of trust' – evenals in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – te worden verstaan: elk handelen of nalaten van de trustee met betrekking tot de trust dat in strijd is met de verplichtingen voortvloeiend uit het algemeen trustrecht en de in de trustakte neergelegde trustvoorwaarden, ongeacht of dat handelen of nalaten de trust een voordeel of nadeel oplevert.^{258/259} Vanwege de diverse strekkingen van het trustverband, kunnen

254 Ingevolge het algemeen trustrecht heeft de trustee een aantal trustrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de trustgoederen en de (potentiële) begunstigden. Men denke hierbij onder andere aan het in acht nemen van trustvoorwaarden (art. 3:135 lid 1 BWC), het handelen ten bate van de (potentiële) begunstigde en niet ten eigen bate (art. 3:135 lid 1 BWC), de zorgplicht ten aanzien van de trustgoederen (art. 3:135 lid 2 BWC), het afgescheiden houden van de trustgoederen van overige vermogen (art. 3:137 lid 1 BWC) en het afleggen van rekening en verantwoording (art. 3:137 lid 3 BWC).

255 Zie ook: art. 3:143 BWC.

256 Art. 3:143 lid 1 BWC.

257 De aansprakelijkheid van trustee door middel van een 'breach of trust' kan via exonerationclausules in de trustakte worden beperkt, dan wel uitgesloten. De aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of bewuste roekeloosheid kan evenwel noch in de trustakte, noch op enige andere wijze worden beperkt of uitgesloten. Zie in dit kader: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11 en art. 3:143 lid 3 BWC.

258 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 839-840; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 747-748; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 292-293; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 313-314; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 639; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1146.

259 Zie voor de 'breach of trust' in het Anglo-Amerikaanse recht: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 39-001 t/m 46-100; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, hoofdstuk 30; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 530 e.v.; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 747 e.v.; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 312 e.v.; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nrs. 639-697; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1146 e.v.; C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p. 413-530; S. Gardner, *An Introduction To the Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 238 e.v.; Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 74 e.v.; G. Thomas & A.

'breaches of trust' zich op verschillende wijzen manifesteren en kunnen derhalve oneindig divers zijn. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan frauduleuze handelingen van de trustee en het leveren van een goed uit het trustfonds aan de verkeerde begunstigde, alsmede verkeerde investeringen van de trustgoederen gedaan door de trustee die ten goede komen van de begunstigten. Of er daadwerkelijk sprake is van een 'breach of trust', oftewel onbehoorlijk beheer van de trust, is mijn inziens afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij rekening dient te worden gehouden met het doel en de strekking van de trust.

Wanneer is vastgesteld dat een trustee een 'breach of trust' heeft gepleegd, oftewel zich schuldig heeft gemaakt aan onbehoorlijk beheer en ten gevolge hiervan aansprakelijk is, dan heeft de begunstigde een aantal remedies die hij tegen de trustee kan invoeren. Daarnaast kan hij onder omstandigheden ook tegen bepaalde derden die bij een 'breach of trust' zijn betrokken, optreden.

In het onderstaande worden de belangrijkste remedies van een begunstigde tegen een 'breach of trust' kort uiteengezet.

3.9.2.4.1 *Belangrijkste remedies die tegen een trustee kunnen worden ingeroepen*

a. Vordering tot nakoming

Zoals in het vorenstaande is uiteengezet, kan de trustee aansprakelijk zijn op grond van een 'breach of trust' oftewel onbehoorlijk beheer van de trust. Het kan voorkomen dat een 'breach of trust' door de trustee dreigt te ontstaan, dan wel dat er sprake is van een situatie waarin de gepleegde 'breach of trust' voortduurt. In dergelijke gevallen heeft de (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse recht de mogelijkheid om de nakoming van de trustrechtelijke verbintenissen en het goede beheer van de trustgoederen te vorderen.²⁶⁰ Om hetzelfde effect te bereiken, zou de (potentiële) begunstigde naar Curaçaos recht in die situaties een vordering tot nakoming ex art. 3:296 BWC kunnen indienen.

b. Vordering tot schadevergoeding

Naast de mogelijkheid tot het vorderen van nakoming, kan iedere (potentiële) begunstigde een beroep doen op schadevergoeding wegens een 'breach of trust'

Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 871 e.v.

²⁶⁰ L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 40-010 t/m 40-014; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 842; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 977-1006; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 650 en nr. 653; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1208-1212.

door de trustee, indien de trust als gevolg van de 'breach of trust' is benadeeld.²⁶¹ Het voorgaande leidt tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de trustee. De vergoeding van deze vermogensschade heeft in het Anglo-Amerikaanse trustrecht in gevallen waarin een 'breach of trust' is gepleegd twee functies. Enerzijds wordt de schadevergoeding toegekend teneinde de trust (*lees*: het trustfonds) te herstellen. In dat geval vindt de toekenning plaats in natura. Men denke hierbij aan de situatie waarin de trustee een goed aanschaft dat soortgelijk, gelijkwaardig of identiek is aan het oorspronkelijk goed. Anderzijds geschiedt de toekenning van de schadevergoeding ter compensatie van het geleden verlies c.q. nadeel, dan wel gedeelde winst. In die situatie dient de schadevergoeding door de trustee te worden voldaan in geld.

In het Curaçaose trustrecht kan de begunstigde een vordering tot schadevergoeding instellen tegen de trustee.²⁶² In de trustakte kan hier evenwel van worden afgeweken.²⁶³ De keuze van de Curaçaose wetgever om uitdrukkelijk in de wet op te nemen dat de insteller van de trust ten aanzien van het recht tot het instellen van schadevergoeding anders mag bepalen, is mij een raadsel. Het bieden van een dergelijke mogelijkheid aan de insteller, staat zonder meer – op grond van dezelfde redenen die besproken zijn bij het recht tot rekening en verantwoording en het recht op inzage van trustdocumenten – op gespannen voet met de fundamentele principes van het trustrecht. Te meer, omdat een trust veelal ten behoeve van een (potentiële) begunstigde in het leven wordt geroepen en de (potentiële) begunstigde in beginsel de persoon is die de trust op doeltreffende wijze moet kunnen handhaven. Voorts laat de Curaçaose wetgever zich er niet over uit op welke grond de vordering tot schadevergoeding moet worden gebaseerd. Hoewel dat niet met zoveel woorden is toegelicht, lijkt de Curaçaose wetgever met de invoering van 3:143 lid 1 BWC een nieuwe aansprakelijkheidsgrond – de aansprakelijkheid op grond van een 'breach of trust' oftewel onbehoorlijk beheer van de trust – in de wet te introduceren. De memorie van toelichting geeft echter weinig uitleg over

261 Zie uitgebreid over de functie, de inhoud en omvang van de schadevergoeding bij een 'breach of trust' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 41-010 t/m 41-070; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 843-850; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 804-852; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 541-567; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 654-658; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 313-334; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1146-1185; Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 75-78; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 945-971. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 646.

262 Art. 3:143 lid 1 en 4 BWC.

263 Art. 3:143 lid 1 en 4 BWC.

de gevolgen van de toepassing van deze bepaling.²⁶⁴ Het lijdt mijns inziens echter geen twijfel dat met betrekking tot de inhoud en omvang van deze wettelijke verplichting tot schadevergoeding, de bepalingen van titel 6.1.10 BWC (art. 6:95 BWC e.v.) van toepassing zijn. Dientengevolge zal een vordering tot schadevergoeding ten aanzien van de vermogensschade die ontstaat als gevolg van een 'breach of trust', toegekend kunnen worden in de vorm van geld of in natura.²⁶⁵

c. Vervanging van de trustee die een 'breach of trust' pleegt

Wil de (potentiële) begunstigde dat zijn beroep op schadevergoeding een kans van slagen heeft, dan moet hij aantonen dat de trust op één of andere wijze schade heeft geleden. De situatie kan zich echter voordoen waarbij wel sprake is van een 'breach of trust', doch de trust heeft niet per se schade geleden als gevolg van de 'breach'. In dat geval zal er daardoor geen schadevergoeding kunnen worden gevorderd. In het Anglo-Amerikaanse trustrecht kan de beneficiary in zulke 'breach of trust' situaties wel een verzoek tot het vervangen²⁶⁶ van de trustee indienen.²⁶⁷ Daarnaast kunnen beneficiaries die tezamen wils- en handelingsbekwaam zijn, tezamen een besluit tot ontslag en benoeming nemen zonder rechterlijke tussenkomst.²⁶⁸ In het Curaçaose recht verleent de wet aan de begunstigde – indien de trustakte niet anders bepaalt – een algemene bevoegdheid tot indiening van een verzoek ter zake het ontslag van trustees bij de rechter.²⁶⁹ Een verzoek tot ontslag van een trust in geval van een 'breach of trust' valt daar ongetwijfeld onder. Ingeval van benoeming van nieuwe trustees kan de begunstigde op grond van de wet slechts een verzoek tot benoeming bij de rechter indienen, indien ondanks de voorziening ter zake in de trustakte, een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee komt te ontbreken.²⁷⁰ Gelet op het regelend karakter van het Curaçaose trustrecht, zou de trustakte in dit soort specifieke gevallen – ter versterking van het recht van de begunstigde – nader kunnen voorzien.

264 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11.

265 Zie ook: HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42, m.nt. G. J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).

266 Onder vervanging wordt in casu zowel het ontslag van een trustee, als het ontslag van een trustee in combinatie met de benoeming van een nieuwe trustee verstaan.

267 De beneficiary zal wel moeten aantonen dat het handelen of nalaten van de trustee van dien aard is dat het beheer van het trustfonds in gevaar is, dat de trustee in de toekomst niet te goeder trouw zal handelen of dat de trustee op één of andere wijze (handelings)onbevoegd is om zijn trustrechtelijke verplichtingen naar behoren uit te oefenen. Zie hiervoor: P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths / LexisNexis 2022, p. 1038-1039. Zie ook: C. Mitchell, *Hayton and Mitchell: Text, Cases and Materials on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell 2015, p.p. 415.

268 Zie ook paragraaf 2.4.9.

269 Art. 3:144 lid 4 BWC.

270 Art. 3:144 lid 7 BWC.

Hier zij overigens expliciet opgemerkt dat de vervanging van een trustee wegens een 'breach of trust', waarbij de trustee de trust schade heeft berokkend, evenzeer tot de mogelijkheden van de (potentiële) begunstigde behoort.

d. Goederenrechtelijke opvorderingsactie en wettelijk zekerheidsrecht

Eén van de belangrijkste verplichtingen van de trustee – naast het handelen in het belang van de (potentiële) begunstigde – behelst de verplichting om de trustgoederen afgescheiden te houden van andere goederen die niet tot het desbetreffende trustfonds behoren. Het is echter denkbaar dat de trustee een 'breach of trust' pleegt door de trustgoederen te verduisteren of deze met niet-trustgoederen samen te voegen, waardoor dat laatste wijzigingen kan teweegbrengen in de eigendomsverhoudingen ten gevolge van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging. Teneinde dit ongerechtvaardigde handelen van de trustee ten koste van de trust recht te trekken, heeft een (potentiële) begunstigde behalve de hierboven besproken remedies, in het Anglo-Amerikaanse trustrecht tevens goederenrechtelijke remedies voorhanden die hij kan inzetten tegen de trustee ingeval deze goederen in zijn bezit heeft. Deze goederenrechtelijke remedies bestaan – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – uit een goederenrechtelijke opvorderingsactie en/of een wettelijk zekerheidsrecht, de zogenoemde 'equitable lien'.^{271/272} Inroeping hiervan is mogelijk ten aanzien van oorspronkelijk onder trustverband gestelde goederen, alsmede goederen die geacht worden in de plaats van de

271 L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 44-001 t/m 44-118; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 569 e.v.; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 861-868; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 855 en p. 857-923; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1188-1208; C. Mitchell, P. Mitchell & S. Watterson, *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016, nrs. 38-48 t/m 38-50. Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 78-79; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 942 en p. 979-1027; R. Chambers, 'Liability', in: P. Birks & A. Pretto (red), *Breach of Trust*, London: Hart Publishing 2002, p. 26-32; E. Bant, 'Trusts, powers and liens: An exercise in ground clearing', *Journal of Equity* 2009/3, p. 286-311; F.R. Burns, 'The Equitable lien Rediscovered: A remedy for the 21st Century', *University of New South Wales Law Journal* 2002/25, p. 1-32.

272 Naast de goederenrechtelijke opvorderingsactie en het wettelijke zekerheidsrecht heeft de (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse recht in dit kader nog een derde remedie, de zogenoemde overgang van rechten bij wijze van subrogatie ('subrogation'). Deze remedie wordt vanwege haar complexiteit in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Zie uitgebreid hierover: J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 867-868; L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 44-115; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 612 e.v.; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 906-912.

voornoemde goederen te zijn getreden.²⁷³ Wil de (potentiële) beneficiary een goed opeisen of zijn wettelijk zekerheidsrecht doen gelden, dan dient hij allereerst te bewijzen dat hij als (potentiële) beneficiary een belang heeft in de trust en dat (een deel van) het desbetreffende goed of de waarde ervan, voortkomt uit het trustfonds.^{274/275} Vervolgens moet de beneficiary aantonen waar het desbetreffende trustgoed zich bevindt en of dit nog in het bezit is van de trustee na een 'breach of trust'. Het vaststellen van het voorgaande geschiedt – afhankelijk of het een oorspronkelijk of gesubstitueerd goed betreft – door middel van het proces van 'following' c.q. 'tracing'.²⁷⁶ 'Following' is het proces waarbij oorspronkelijke trustgoederen door het hierop rustende trustverband van hand tot hand worden gevolgd, zodat deze uiteindelijk kunnen worden gelokaliseerd. Daarentegen is van 'tracing' sprake wanneer als gevolg van het traceringsproces een nieuw goed is geïdentificeerd dat in de plaats is getreden van het oorspronkelijke trustgoed en daarmee vanwege het trustverband aangetoond kan worden dat substitutie heeft plaatsgevonden. Pas op het tijdstip dat een goed aan de hand van het proces van 'following' c.q. 'tracing' is gelokaliseerd c.q. geïdentificeerd en is vast komen te staan dat de trustee het bezit van het desbetreffende trustgoed heeft behouden, kan worden bepaald welke goederenrechtelijke remedie – terugvordering of wettelijk zekerheidsrecht – de (potentiële) beneficiary daadwerkelijk kan inroepen.²⁷⁷ De aard van de goederenrechtelijke remedie hangt derhalve af van de omstandigheden van het geval en de gevolgen van de 'breach of trust'. Zo is de (potentiële) beneficiary bevoegd om het oorspronkelijke of gesubstitueerde goed terug te vorderen, indien de trustee het goed nog in zijn bezit heeft.²⁷⁸ Dit kan geschieden ongeacht of de beschikkingsbevoegdheid van de trustee al dan niet op één of andere wijze is beperkt. Gecomplieerder is de situatie waarin de trustee een (nieuw) goed in zijn bezit heeft dat is ontstaan als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging, dan wel een goed heeft verkregen door financiering met goederen die afkomstig zijn uit het trustfonds. Men denke in casu bijvoorbeeld aan de situatie waarbij de trustee met geld uit de trust en geld uit zijn eigen vermogen een nieuw

273 Immers, zaaksvervanging geschiedt ongeacht of er al dan niet sprake is van een 'breach of trust'. Het trustverband dat op de trustgoederen rust brengt met zich dat de beneficiary op grond van zaaksvervanging dezelfde rechten heeft ten aanzien van de gesubstitueerde trustgoederen die hij ook had ten aanzien van de oorspronkelijke trustgoederen.

274 G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 545.

275 In het Anglo-Amerikaanse recht staat dit bekend als de 'proprietary base' oftewel de goederenrechtelijke basis.

276 Voor een uitvoerige bespreking hiervan zie: L.D. Smith, *The law of tracing*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 67 e.v. Zie ook: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 693-697.

277 Vaak worden de processen van 'following' en 'tracing' in de praktijk gecombineerd.

278 In casu impliceert dit dat het desbetreffende goed terugkeert naar de trust. De terugvordering van de trustgoederen in geval van een 'breach of trust' heeft derhalve goederenrechtelijke werking.

huis koopt. In dat geval heeft de (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse trustrecht twee goederenrechtelijke remedies tot zijn beschikking. Hij kan enerzijds opteren om – ter verkrijging van mede-eigendom – een vordering tot terughalen van een deel van de eigendom in te dienen. Anderzijds heeft hij de mogelijkheid om gebruik te maken van een zogenoemde ‘equitable lien’, een wettelijk zekerheidsrecht op het desbetreffende goed strekkende om de waarde van het goed dat tot het trustfonds heeft behoord, in geld bij voorrang te verhalen boven alle andere schuldeisers van de trustee.²⁷⁹ Een enkele keer komt het voor dat de goederenrechtelijke remedies de (potentiële) beneficiary geen soelaas bieden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer na het proces van ‘following’ c.q. ‘tracing’ blijkt dat het goed is tenietgegaan of dat het op één of andere wijze is verloren gegaan.²⁸⁰ In die specifieke gevallen is de (potentiële) beneficiary aangewezen op de verbintenisrechtelijke remedies.

Overigens wil ik benadrukken dat – anders dan de continentale jurist zal vermoeden – de processen van ‘following’ en ‘tracing’ in het Anglo-Amerikaanse trustrecht los staan van het invoeren van de goederenrechtelijke remedies door de beneficiary, welke aan hem kunnen toekomen.²⁸¹ ‘Following’ en ‘tracing’ zien op de beantwoording van de vraag of de gedaagde al dan niet het bezit van een goed heeft behouden, terwijl het invoeren van de remedies

279 Voor een uitvoerige bespreking over de ‘equitable lien’ zie de in voetnoot 271 aangehaalde literatuur.

280 J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell’s Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 868-869.

281 *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, p. 127-128: “The process of ascertaining what happened to the plaintiffs’ money involves both tracing and following. These are both exercises in locating assets which are or may be taken to represent an asset belonging to the plaintiffs and to which they assert ownership. The processes of following and tracing are, however, distinct. Following is the process of following the same asset as it moves from hand to hand. Tracing is the process of identifying a new asset as the substitute for the old. Where one asset is exchanged for another, a claimant can elect whether to follow the original asset into the hands of the new owner or to trace its value into the new asset in the hands of the same owner. In practice his choice is often dictated by the circumstances. [...] Tracing is thus neither a claim nor a remedy. It is merely the process by which a claimant demonstrates what has happened to his property, identifies its proceeds and the persons who have handled or received them, and justifies his claim that the proceeds can properly be regarded as representing his property. Tracing is also distinct from claiming. It identifies the traceable proceeds of the claimant’s property. It enables the claimant to substitute the traceable proceeds for the original asset as the subject matter of his claim. But it does not affect or establish his claim.”

Zie ook L.D. Smith, *The law of tracing*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 13, die het volgende vermeldt: “Equity lawyers habitually use the expressions ‘the tracing claim’ and ‘the tracing remedy’ to describe the proprietary claim and the proprietary remedy which equity makes available to the beneficial owner who seeks to recover his property *in specie* from those into whose hands it has come. Tracing properly so-called, however, is neither a claim nor a remedy but a process. [...] The distinction between tracing and claiming is obscured when tracing is referred to as a ‘right’ or a ‘remedy’. When the exercise of tracing is properly distinguished from the making of claims, it is clear that the exercise of tracing is neither right or remedy.”.

betrekking heeft op het doen gelden van de rechten van de eiser in de situatie waarin de gedaagde nog een goed in zijn bezit heeft.

Ingevolge de Curaçaose trustwet kunnen, tenzij in de trustakte anders is bepaald en onverminderd de bescherming van derden, de tot het trustfonds behorende goederen door de begunstigde worden teruggevorderd in geval van een 'breach of trust', met dien verstande dat de goederen zo spoedig mogelijk worden afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.²⁸² Terugvordering is in beginsel eveneens mogelijk voor goederen die geacht worden in de plaats te zijn getreden van de oorspronkelijke trustgoederen.²⁸³ Hiermee heeft het Curaçaose trustrecht getracht een gelijksoortig effect als in het Anglo-Amerikaans trustrecht te bereiken. Het is echter niet geheel duidelijk of de (potentiële) begunstigde deze bevoegdheid zou kunnen uitoefenen indien de trustee trustgoederen verduistert of sprake is van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging ten gevolge van het feit dat de trustee de trustgoederen niet heeft afgescheiden van andere goederen, waaronder inbegrepen goederen die tot zijn eigen vermogen behoren. De memorie van toelichting spreekt louter van terugvorderingen in het kader van onbevoegde vervreemdingen, bezwaren en ingebruikgevingen ter zake 'degene die bewust met de trustee handelt'.²⁸⁴ Voorts ontbreekt een wettelijk zekerheidsrecht dat vergelijkbaar is met dat van het Anglo-Amerikaanse recht. Een toelichting op de keuze van de wetgever om dit niet in de wet op te nemen, ontbreekt. Het is mijns inziens spijtig dat de Curaçaose wetgever met de bovengeschetste situaties, geen rekening heeft gehouden. De wetgever zal naar mijn mening in elk geval met het oog op de rechtszekerheid en ter verzekering van de goede werking van de trust, deze lacune in de Curaçaose trustwetgeving moeten opvullen middels het concipiëren van een nieuwe regeling hiertoe. Zodoende strekt de mogelijkheid tot inroeping van goederenrechtelijke remedies door de (potentiële) begunstigde zich eveneens uit tot dit soort gevallen.

3.9.2.4.2 *Belangrijkste remedies die tegen derden kunnen worden ingeroepen*

a. Vordering tot schadevergoeding

Heeft de trustee een 'breach of trust' gepleegd, dan is hij daarvoor persoonlijk aansprakelijk. De trustee is echter niet de enige persoon die persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor een 'breach of trust'. Ook derden die betrokken zijn geweest bij een 'breach of trust' die door de trustee is gepleegd, kunnen schadelijkt zijn indien kan worden bewezen dat zij deze schending

²⁸² Art. 3:156 lid 2 jo. lid 3 BWC.

²⁸³ Art. 3:155 lid 3 jo. art. 3:156 lid 4 BWC.

²⁸⁴ MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13. Bovendien kan enkel een mede-trustee op grond van het bepaalde in art. 3:156 lid 1 BWC vorderen dat de trustee die ten onrechte trustgoederen niet afgescheiden heeft gehouden, de trustgoederen alsnog afscheidt en die aan hem afstaat.

hebben gefaciliteerd en de trust als gevolg hiervan schade heeft geleden. De (potentiële) beneficiary kan in het Anglo-Amerikaanse trustrecht in dat geval een vordering tot schadevergoeding tegen de derde instellen, hetzij op basis van onrechtmatige verkrijging van een trustgoed, oftewel 'knowing or unconscionable receipt', hetzij vanwege onrechtmatige bijstandsverlening, ook wel aangeduid als 'dishonest assistance'.²⁸⁵ De eerstgenoemde categorie behelst aansprakelijkheid van derden in situaties waarin een derde (het bezit van) goederen die behoorden tot het trustfonds heeft verkregen, terwijl hij wist of behoorde te weten dat de trustee over deze goederen – in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen – heeft beschikt. Voor de vestiging van aansprakelijkheid op deze grond is vereist dat de derde (het bezit van) het desbetreffende trustgoed op enig moment heeft verkregen.²⁸⁶ Van de laatstgenoemde categorie kan worden gesproken indien de derde wist of behoorde te weten dat hij op één of andere wijze – zonder trustgoederen te hebben verkregen – heeft meegewerkt aan een trustrechtelijke schending door de trustee. In beide categorieën gaat het om schadeveroorzakend handelen van een derde, waarbij deze wist of behoorde te weten dat zijn onrechtmatig handelen de gerechtvaardigde belangen van de (potentiële) beneficiary in het trustfonds, kon schaden. Aansprakelijkheid op basis van de genoemde categorieën betreft een secundaire aansprakelijkheid: de trustee is degene die primair aansprakelijk is voor de 'breach of trust'. Pas op het moment dat de vestiging van aansprakelijkheid op de trustee niet tot de mogelijkheden behoort of de schade niet geheel op de trustee kan worden verhaald, mag de (potentiële) beneficiary overgaan tot de aansprakelijkstelling van de derde.

Bijzonder, doch misleidend is het adagium 'liable to account as a constructive trustee' dat in het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt gebezigd in verband met de vestiging van de aansprakelijkheid van een derde.²⁸⁷ Voor de conti-

285 Zie uitgebreid hierover: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 42-022 t/m 42-100 en nr. 42-014 t/m 43-062; G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 624-662; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 869-880; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 924-972; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 393-403; R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 641 en nr. 644; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1274-1313; Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 89-92; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 877-924.

286 Het is in casu irrelevant of het desbetreffende goed nog voorhanden is.

287 Zie in dit kader paragraaf 2.4.3. Zie ook: P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1271-1274; G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 871-872. Zie ook: C. Mitchell, P. Mitchell & S. Watterson, *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016, nrs. 38-19 t/m 38-23; G.L. Gretton, 'Constructive Trusts and Insolvency', in: J.M. Milo & J.M. Smits, *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 29-31.

nentale jurist kan dit wellicht veel vragen oproepen, gelet op het feit dat er in dit kader van een ‘constructive trustee’ wordt gesproken en de lijn wordt doorgetrokken waarbij verondersteld wordt dat een ‘constructive trust’ is ontstaan. Deze veronderstelling is echter onjuist. Het adagium ‘liable to account as a constructive trustee’ wordt uitsluitend gehanteerd teneinde de vestiging van aansprakelijkheid van een derde wegens ‘breach of trust’ uit te drukken. De derde is in dat geval persoonlijk aansprakelijk als ware hij een trustee van een ‘express’ trust. Dit duidt derhalve niet op het daadwerkelijk ontstaan van een trust waarvan een derde ‘constructive’ trustee is, doch het ziet op de vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid van de derde, waarbij de trust wordt gecompenseerd voor het geleden verlies, dan wel de gederfde winst.²⁸⁸

De Curaçaose memorie van toelichting behandelt de persoonlijke aansprakelijkheid van derden in gevallen van ‘breach of trust’ door de trustee niet. Mijns inziens ligt het voor de hand dat een (potentiële) begunstigde bij betrokkenheid van derden bij ‘breaches of trust’ een vordering tegen een derde kan instellen tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BWC.

b. Goederenrechtelijke opvorderingsactie en wettelijk zekerheidsrecht

Een (potentiële) begunstigde heeft – zoals reeds in het bovenstaande uiteen is gezet – goederenrechtelijke remedies die hij kan inroepen tegen de trustee die een ‘breach of trust’ heeft gepleegd. Dezelfde goederenrechtelijke remedies heeft een (potentiële) beneficiary in het Anglo-Amerikaanse trustrecht tot zijn beschikking, wanneer een derde-verkrijger trustgoederen die in ‘breach of trust’ door de trustee aan hem zijn overgedragen, *om niet* c.q. niet te goeder trouw heeft verkregen.²⁸⁹ Aan de (potentiële) beneficiary komt aldus in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – of een goederenrechtelijke opvorderingsactie, en/of een wettelijk zekerheidsrecht toe.²⁹⁰

288 In *Selangor United Rubber Estates Ltd. v Cradock (No. 3)* [1968] WLR 1555, p. 1582 heeft de rechter over de persoonlijke aansprakelijkheid van derden als ‘constructive trustees’ het volgende overwogen: “It seems to me imperative to grasp and keep constantly in mind that the second category of constructive trusteeship [personal liability of third parties – toevoeging KRF] [...] is nothing more than a formula for equitable relief. The court of equity says that the defendant shall be liable in equity, as though he were a trustee. He is made liable in equity as trustee by the imposition or construction of the court of equity. This is done because in accordance with equitable principles applied by the court of equity it is equitable that he should be held liable as though he were a trustee.”

289 Aan de (potentiële) beneficiary zijn de goederenrechtelijke remedies eveneens voorhanden, indien derde-verkrijger goederen in ‘breach of trust’ heeft verkregen en vervolgens bij derde-verkrijger wijzigingen in de eigendomsverhoudingen hebben plaatsgevonden als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging.

290 J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 330-347; J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 291-310; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 1320-1344. Vgl. ook: Y.C. Wu, *Dispositions in breach of trust: A comparison of English and Japanese responses* (diss. Oxford), Oxford: 2010, p. 79-89. Zie ook: L. Tucker, N. Le Poidevin

Zowel de opvordering van trustgoederen als het doen gelden van het wettelijke zekerheidsrecht geschiedt op dezelfde wijze zoals reeds is beschreven bij de inroeping van beide remedies tegen de trustee. Dit impliceert dat de (potentiële) beneficiary aan moet tonen dat hij een belang heeft in de trust en dat het goed dat aan de derde-verkrijger is overgedragen, tot het trustfonds heeft behoord. Alvorens te bepalen welke goederenrechtelijke remedie de (potentiële) beneficiary kan aanwenden om het trustfonds te herstellen, dient aan de hand van het proces van ‘following’, dan wel ‘tracing’ te worden aangetoond waar, en of het desbetreffende (gesubstitueerde) goed al dan niet in het bezit is van de derde-verkrijger. Staat – op basis van de omstandigheden van het geval – de opvordering van de desbetreffende goederen of het wettelijke zekerheidsrecht de (potentiële) beneficiary ten dienste, dan is inroeping – behoudens derdenbescherming – mogelijk ongeacht of de beschikkingsbevoegdheid van de trustee al dan niet op één of andere wijze is beperkt. Van derdenbescherming is sprake indien de derde-verkrijger het desbetreffende (gesubstitueerde) trustgoed te goeder trouw en *anders dan om niet* heeft verkregen.²⁹¹ De derde-verkrijger die te goeder trouw, doch *om niet* heeft verkregen wordt niet beschermd. Geniet de derde-verkrijger bescherming, dan kan het (gesubstitueerde) trustgoed niet op worden gevorderd, dan wel bezwaard worden met een wettelijk zekerheidsrecht. De derde-verkrijger verkrijgt het goed derhalve vrij van trustverband.

Ook in het kader van de opvorderingsactie wordt de terminologie van ‘constructive trust’ veelvuldig gebezigd. In continentale rechtssystemen gaat de continentale jurist naar ik meen – vanwege de taalkundige interpretatie van Anglo-Amerikaanse leerstukken door continentale juristen en de bijzondere wijze van uitleg van Anglo-Amerikaanse juristen – er ten onrechte, doch niet onbegrijpelijk – van uit dat bij een trustrechtelijke schending door de trustee een echte trust in het leven wordt geroepen. De termen ‘constructive trust’ en ‘constructive trustee’ verwijzen in deze specifieke context naar de inroeping van de goederenrechtelijke opvorderingsactie als remedie en de zorgplicht van de derde-verkrijger niet te goeder trouw c.q. *om niet*. Is vastgesteld dat de derde-verkrijger geen derdenbescherming geniet en de (potentiële) beneficiary (gesubstitueerde) trustgoederen kan opvorderen, dan heeft de derde-verkrijger – als ‘constructive trustee’ – een zorgplicht ten aanzien van het (gesubstitueerd) trustgoed dat hij in zijn bezit heeft, totdat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot opvordering en het goed terugkeert naar de trust. Van echte trustrechtelijke verplichtingen en bevoegdheden zoals een ‘express’ trustee heeft, is evenwel geen sprake.

Voor wat betreft goederenrechtelijke remedies van de (potentiële) begunstigde in het Curaçaose trustrecht heeft de Curaçaose wetgever een andere benade-

& J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 44-119 t/m 44-143.
291 Het Anglo-Amerikaanse recht spreekt van ‘equity’s darling’, oftewel ‘the bonafide purchaser for value without notice’.

ring gekozen ten opzichte van het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Het lijkt erop dat de Curaçaose wetgever logischerwijs een systeem in het leven heeft willen roepen, waarbij een goederenrechtelijke remedie voor de (potentiële) begunstigde wordt gecreëerd die een gelijksoortig effect heeft als in het Anglo-Amerikaanse trustrecht, doch wel binnen het Curaçaos goederenrechtelijk stelsel past. Desalniettemin is naar huidig Curaçaos recht – als gevolg van de wetssystematiek en het gebrek aan verduidelijking van de voornoemde materie in de memorie van toelichting – niet altijd duidelijk in hoeverre en op welke wijze de (potentiële) begunstigde van de voor hem beschikbare goederenrechtelijke remedies gebruik kan maken en wat de consequenties hiervan zijn. Teneinde toch duidelijkheid hieromtrent te scheppen, zal in het navolgende worden getracht de goederenrechtelijke remedies in een samenhangend geheel uiteen te zetten.

Wanneer een trustee naar Curaçaos recht in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen trustgoederen aan een derde heeft vervreemd, bezwaard of ingebruikgegeven, is het antwoord op de vraag of de (potentiële) begunstigde via goederenrechtelijke remedies kan optreden tegen een derde, afhankelijk van de volgende factoren:

- de beschikkings(on)bevoegdheid van de trustee;
- de goede trouw van de derde en de daarbij behorende derdenbescherming;
- en
- de verkrijging *om niet*, dan wel *anders dan om niet*.^{292/293}

In het onderstaande zal kort aan de hand van deze factoren het Curaçaose systeem worden uiteengezet, met dien verstande dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin de beschikkingsbevoegdheid van de trustee in de trustakte wordt beperkt en het geval waarin de trustee volledig bevoegd is beschikkingshandelingen te verrichten.²⁹⁴

292 Vgl. ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

293 In het Anglo-Amerikaanse recht spelen enkel de laatste twee factoren een rol bij de inroeping van goederenrechtelijke remedies.

294 Art. 3:140 lid 1 en art. 3:139 lid 4 BWC; Vgl. R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 88-91.

I. De beschikkingsbevoegdheid van de trustee wordt in de trustakte beperkt

1. Derde-verkrijger is niet te goeder trouw en verkrijgt anders dan om niet

Op het moment dat de trustee met een derde handelt, dient hij zijn hoedanigheid, behoudens een aantal uitzonderingen²⁹⁵, aan de derde kenbaar te maken.²⁹⁶ Is de derde bekend met de hoedanigheid van de trustee en verkrijgt hij *anders dan om niet*, dan wordt de derde door de bekendheid met het trustverband geacht de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee te kennen, indien deze is ingeschreven in het handelsregister c.q. de openbare registers.^{297/298} Wanneer de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen beschikkingshandelingen verricht, terwijl hij beschikkingsonbevoegd is, vindt er geen geldige eigendomsoverdracht (*lees ook*: vestiging van een beperkt recht) plaats.²⁹⁹ Dientengevolge wordt de derde-verkrijger die niet te goeder trouw is en *anders dan om niet* heeft verkregen niet beschermd tegen een dergelijke ongeldige overdracht.³⁰⁰ In een dergelijk geval is het trustverband op het desbetreffende goed blijven rusten en komt aan de (potentiële) begunstigde naar Curaçaos recht – tenzij in de trustakte anders is bepaald – een goederenrechtelijke opvorderingsactie toe. De (potentiële) begunstigde is dan bevoegd om de tot het trustfonds behorende goederen die zich onder de derde bevinden terug te vorderen in geval van een ‘breach of trust’, met dien verstande dat de goederen zo spoedig mogelijk worden afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden.³⁰¹ Onder ‘de tot de trust behorende goederen’ wordt in beginsel tevens verstaan de goederen die geacht moeten worden in de plaats van de oorspronkelijke trustgoederen te treden.³⁰²

Ik moge voorts wijzen op het feit dat – hoewel de memorie van toelichting hierover zwijgt – een vierde-verkrijger die te goeder trouw en anders dan om

295 Een trustee hoeft krachtens het bepaalde in art. 3:136 lid 3, 1^e volzin BWC zijn hoedanigheid niet kenbaar te maken indien dit in de trustakte is bepaald of zulks van de trustee naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevergd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is. In de memorie van toelichting wordt echter van de laatstgenoemde situaties geen enkel voorbeeld of toelichting gegeven. De wetstoepasser heeft derhalve weinige houvast bij de interpretatie en toepassing van deze bepaling. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 10.

296 Art. 3:136 lid 3, 1^e volzin BWC.

297 Art. 3:140 lid 4 en 5 BWC jo. art. 3:17 lid sub a BWC.

298 Een uitzondering hierop vormt art. 3:140 lid 4, slot BWC. Indien de beschikkingsonbevoegdheid zo ongebruikelijk is dat de verkrijger haar daarin niet behoefde te verwachten, is de verkrijger desondanks te goeder trouw.

299 Er wordt aldus niet aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BWC, dan wel art. 3:84 jo. 3:98 BWC voldaan.

300 Art. 3:140 lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 10 en 13.

301 Art. 3:156 lid 2 en 3 BWC.

302 Art. 3:155 lid 3 BWC.

niet heeft verkregen van een derde-verkrijger die niet te goeder trouw is, thans in het Curaçaose trustrecht niet wordt beschermd tegen een ongeldige eigendomsoverdracht ex art. 3:88 lid 1 BWC. Deze wetsbepaling bepaalt per slot van rekening dat voor een beroep op derdenbescherming de onbevoegdheid die voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, niet het gevolg was van de onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. De Curaçaose wetgever heeft om hem moverende redenen de derdenbescherming voor de voornoemde situaties helaas niet verruimd. In paragraaf 3.4.10 wordt hiervoor een oplossing aangedragen.

2. Derde-verkrijger is te goeder trouw en verkrijgt anders dan om niet

Zoals in de voorgaande alinea reeds is besproken, dient de trustee in beginsel zijn hoedanigheid aan een derde kenbaar te maken. Kent de derde de hoedanigheid van de trustee niet en verkrijgt hij *anders dan om niet*, dan kan het zijn dat de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee niet in het handelsregister c.q. de openbare registers is ingeschreven. Wanneer de trustee zijn trustrechtelijke verplichtingen schendt, terwijl de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee niet in het handelsregister c.q. de openbare registers is ingeschreven, dan wordt de derde-verkrijger ondanks een ongeldige eigendomsoverdracht beschermd.³⁰³ Dientengevolge heeft de derde het desbetreffende trustgoed verkregen vrij van trustverband. De (potentiële) begunstigde verliest daardoor het recht op terugvordering van het desbetreffende goed. De (potentiële) begunstigde kan in dat geval trachten de tegenprestatie die door de trustee is ontvangen en die in de plaats van het oorspronkelijke trustgoed is getreden, van hem terug te vorderen.³⁰⁴

In tegenstelling tot het bovengemelde hoeft de trustee – indien in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevergd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is – zijn hoedanigheid niet kenbaar te maken.³⁰⁵ Heeft de derde geen wetenschap van de hoedanigheid van de trustee en verkrijgt hij *anders dan om niet*, dan leidt een schending door de trustee van zijn trustrechtelijke verplichtingen tot dezelfde gevolgen als de situatie waarin de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee niet in het handelsregister c.q. de openbare registers is ingeschreven. Dit impliceert aldus dat de derde verkrijger het desbetreffende trustgoed vrij van trustverband verkrijgt en dat de (potentiële) begunstigde daardoor geen gebruik van zijn goederenrechtelijke opvorderingsactie kan maken.

303 Art. 3:140 lid 4 en 5 jo. lid 2 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13. Ik ga ervan uit dat de derde niet uit andere hoofde bekend is met de hoedanigheid van de trustee.

304 Art. 3:155 lid 3 BWC.

305 Art. 3:136 lid 3, 1e volzin BWC.

3. Derde-verkrijger is te goeder trouw en verkrijgt om niet

In het vorenstaande is reeds gemeld dat de trustee niet zijn hoedanigheid bekend hoeft te maken.³⁰⁶ Maakt de trustee zijn hoedanigheid niet kenbaar aan de derde, terwijl de derde *om niet* verkrijgt, dan kan de beschikkingsonbevoegdheid in het geval van een 'breach of trust' tóch aan de derde-verkrijger worden tegengeworpen, behoudens een wettelijke uitzondering.³⁰⁷ Onder deze omstandigheden kan er niet gesproken worden van een geldige eigendomsoverdracht en wordt de derde-verkrijger als gevolg hiervan niet beschermd.³⁰⁸ Dit leidt ertoe dat het trustverband op het desbetreffende goed blijft rusten. De (potentiële) begunstigde beschikt derhalve – zoals ook het geval is bij de situatie waarin de derde-verkrijger niet te goeder trouw is en *anders dan om niet* verkrijgt – over een goederenrechtelijke opvorderingsactie die hij kan aanwenden om tegen de derde op te treden, tenzij in de trustakte anders is bepaald.

II. De beschikkingsbevoegdheid van de trustee wordt in de trustakte niet beperkt

Zolang de beschikkingsbevoegdheid van de trustee niet impliciet, dan wel expliciet in de trustakte wordt beperkt, is de trustee naar Curaçaos recht volledig bevoegd om beschikkingshandelingen te verrichten, ongeacht of de derde op het moment van de beschikkingshandeling bekend was met de hoedanigheid van de trustee.³⁰⁹

Wanneer de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen een beschikkingshandeling verricht, heeft de schending in beginsel géén goederenrechtelijk effect, doch slechts obligatoire gevolgen.³¹⁰ Dit komt doordat het handelen in het belang van de (potentiële) begunstigde geen aanvullend vereiste vormt voor de eigendomsoverdracht (*lees ook*: vestiging van een beperkt recht) ex art. 3:84 lid 1 BWC.³¹¹ Is het voorgaande het geval, dan kunnen de verbintenissenrechtelijke remedies voor de (potentiële) begunstigde uitkomst bieden.

306 Art. 3:136 lid 3, 1^e volzin BWC.

307 De beschikkingsonbevoegdheid wordt niet tegengeworpen aan de derde die te goeder trouw en om niet heeft verkregen, voor zover deze aantoont dat hij ten tijde dat de beschikkingsonbevoegdheid hem bekend werd, door de verkrijging niet gebaat was. Het voorgaande is woordelijk overgenomen. Zie hiervoor: art. 3:140 lid 3 BWC.

308 Art. 3:140 lid 2 jo. lid 3 BWC.

309 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

310 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 8 en p. 13.

311 Zie ook: R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 89-91.

III. Natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging trustgoederen met goederen derde-verkrijger

Zoals in het vorenstaande reeds is aangestipt, kan de (potentiële) begunstigde – wanneer de derde-verkrijger niet te goeder trouw is en *anders dan om niet* heeft verkregen, dan wel de derde-verkrijger te goeder trouw is, doch *om niet* heeft verkregen, bij de beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee in de trustakte – in beginsel door middel van een goederenrechtelijke opvorderingsactie optreden tegen de derde ter handhaving van de trust. Worden oorspronkelijke of gesubstitueerde goederen opgevorderd, dan kan dit goederenrechtelijk op een relatief eenvoudige wijze geschieden. Complexer is de situatie waarin trustgoederen en goederen van de derde-verkrijger worden samengevoegd en er wijzigingen in de eigendomsverhoudingen plaatsvinden als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging. De Curaçaose wetgever heeft voor dit soort situaties geen *lex specialis* in de wet opgenomen.³¹² Het antwoord dient dan te worden gezocht in het algemene Curaçaose goederenrecht.³¹³

Het fundamentele probleem dat ten grondslag ligt aan de toepassing van de bepalingen ter zake natrekking, zaaksvorming en (oneigenlijke) vermenging in het algemeen goederenrecht is dat er een reëel risico bestaat dat de eigendom van de trustgoederen – door middel van originele verkrijging – overgaat op de derde-verkrijger. Het verlies van de trustgoederen in dergelijke gevallen leidt ertoe dat de (potentiële) begunstigde uiteindelijk gebruik moet maken van het verbintenissenrecht, terwijl het goederenrechtelijk effect van het trustverband en de daarmee corresponderende goederenrechtelijke remedies juist één van de wezenlijke kenmerken is van de werking van de trust en de bescherming van de trustgoederen. Het is naar mijn overtuiging zonder meer te betreuren dat de Curaçaose wetgever aan dit soort situaties geen enkele aandacht heeft besteed, dan wel een toelichting heeft gegeven over zijn keuze om geen bijzondere bepalingen op te nemen.

Voorts zij opgemerkt dat het concept van ‘following’ en ‘tracing’ in het Anglo-Amerikaanse trustrecht, in het Curaçaose (en het Nederlandse recht) mijns inziens de facto niet nieuw is. Zowel bij het opvorderen van bezit van

312 Zie ook: J. de Boer, ‘De trust naar Curaçaos recht’, *WPNR* 2012/6926, p. 290-291 die het volgende betoogt: “Maar wat geldt goederenrechtelijk? De trusttitel bevat geen bijzondere bepalingen, zodat het algemene goederenrecht de weg moet wijzen. Zo wordt bij oneigenlijke vermenging – waarbij bijv. bankbiljetten of effecten niet identificeerbaar aanwezig zijn – vermoed dat de houder rechthebbende is behoudens tegenbewijs. Bij een trust bestaat echter de bijzonderheid dat een trustee in ten minste twee hoedanigheden houdt (als trustee en als privégerechtigde). Het is wenselijk hier van het (eufemistische) vermoeden uit te gaan dat de trustee in beginsel eerlijk is en houdt in hoedanigheid van trustee. Als argument voor dit vermoeden geldt ‘that, where a man does an act which may be rightfully performed, he cannot say that that act was intentionally and in fact done wrongly’.”

313 In casu zijn titel 3.5 BWC, titel 5.1 BWC (art. 5:3 BWC) en titel 5.2 BWC (art. 5:14, 5:15 en 5:16 BWC) van belang.

een zaak als bij zaaksvervanging in het Curaçaose goederenrecht zou men kunnen spreken van een zeker droit de suite, teneinde te bepalen in welke handen de desbetreffende zaak is geweest, dan wel het nieuwe goed te identificeren dat het oorspronkelijke goed heeft vervangen.³¹⁴ Naar mijn mening is het verschil met het Anglo-Amerikaanse trustrecht enkel gelegen in het feit dat beide genoemde processen in het Curaçaose recht onlosmakelijk zijn gekoppeld aan de uitoefening van de goederenrechtelijke opvorderingsbevoegdheid of de toepassing van zaaksvervanging. Hoewel het resultaat van 'following' en 'tracing' in het Anglo-Amerikaanse recht op het eerste gezicht vreemd lijkt voor de continentale jurist, kent het Curaçaose goederenrecht aldus in mijn ogen op dit punt een soortgelijk effect.

IV. De tekortkomingen in het Curaçaose systeem

Hetgeen de Curaçaose wetgever voor ogen had met de introductie van een goederenrechtelijke remedie en het systeem hieromtrent in het trustrecht is naar mijn mening een unicum en zeer innovatief. Echter, in de uitwerking en vervolgens in de uitvoering hiervan, is de Curaçaose wetgever mijns inziens jammer genoeg de mist ingegaan. Allereerst is de toekenning van goederenrechtelijke bevoegdheid aan de (potentiële) begunstigde tot het opvorderen van trustgoederen afhankelijk gemaakt van de trustakte. Zoals meermalen is gemeld, behoren de uit het recht van de begunstigde voortvloeiende remedies, waaronder in casu de goederenrechtelijke opvorderingsactie, tot één van de meest elementaire beginselen van het trustrecht. Het voorgaande lijkt aan de Curaçaose wetgever voorbij te gaan. Het regelend karakter van art. 3:156 lid 3 BWC doet afbreuk aan het recht van de begunstigde in het Curaçaose trustrecht en de effectieve wijze van handhaving van de Curaçaose trust.³¹⁵

Voorts vermeldt de memorie van toelichting dat "in beginsel alle goederen terugvorderbaar [zijn]".³¹⁶ Uit het aangehaalde citaat distilleer ik dat de Curaçaose wetgever met het begrip 'goederen' vermoedelijk zowel zaken als vermogensrechten heeft bedoeld. Zou dat voor andere interpretatie vatbaar zijn, dan had de Curaçaose wetgever zijn keuze moeten beargumenteren. Bij de uitoefening van de bevoegdheid tot opvordering van zaken levert dit – ondanks het feit dat de (potentiële) begunstigde geen eigenaar is van (rechten op) de zaak – in beginsel geen problemen op. Een soortgelijke bevoegdheid aan niet eigenaren kent het Curaçaose goederenrecht al voor onder andere

314 Vgl. ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 428, voetnoot 35.

315 De memorie van toelichting erkent evenwel dat "voor de begunstigde van belang [is] dat hij zijn recht op het trustvermogen jegens derden kan doen gelden." Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3.

316 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

de vruchtgebruiker, de erfpachter en de opstaller.³¹⁷ Een bijzondere complicatie doet zich echter voor op het moment dat de begunstigde zijn bevoegdheid tot opvordering uitoefent ten aanzien van (relatieve) vermogensrechten, in het bijzonder vorderingsrechten.³¹⁸ Op basis van hetgeen de memorie van toelichting vermeldt, lijkt het erop dat de begunstigde die geen partij is bij de betreffende rechtsverhouding tussen een trustee en de derde, op grond van de wet een goederenrechtelijk 'pseudo-revindicatierecht' verkrijgt om vorderingsrechten terug te vorderen.³¹⁹ Dit is een merkwaardige situatie, gezien het feit dat het toekennen van een dergelijk recht in strijd is met het Curaçaose goederenrechtelijk stelsel.³²⁰ Het bovenstaande laat derhalve zien dat de Curaçaose wetgever onbewust een 'pseudo-revindicatierecht' ten aanzien van (relatieve) vermogensrechten, in het bijzonder de vorderingsrechten, in het trustrecht heeft willen introduceren.

Nauw verwant aan de bovengenoemde problematiek is daarnaast het hiaat in de Curaçaose trustwetgeving ter zake van de publieke kenbaarmaking van de beperking in de beschikkingsbevoegdheid van de trustee.³²¹ De trustee is – zoals eerder is uiteengezet – in beginsel verplicht de derde in kennis te stellen van zijn hoedanigheid als trustee. De derde die handelt met de trustee dient zich bovendien te informeren over het trustverband door de raadpleging van het handelsregister c.q. de openbare registers, teneinde later een beroep te kunnen doen op de derdenbescherming wegens onbekendheid met de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee als zodanig, zo schrijven leden 4 en 5 van art. 3:140 BWC voor. Bekendheid met het trustverband, impliceert aldus de bekendheid met de beperking in de beschikkingsbevoegdheid van de trustee zolang een inschrijving in het trustregister of de openbare registers heeft plaatsgevonden. De Curaçaose wetgever zegt in de memorie van toelichting het volgende:

317 Art. 3:218 BWC, art. 5:95 BWC en art. 5:104 BWC. Zie ook: art. 3:125 BWC. Vgl. ook: C.J.J.M. Stolker, 'commentaar op art. 5:2 BW', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2021.

318 Art. 3:156 lid 2 jo. lid 3 BWC spreekt immers over *goederen* en niet enkel over zaken. Derhalve vallen kunnen – vanwege het trustverband – ook vermogensrechten die onderdeel zijn van de trust worden gevolgd.

319 Met een 'pseudo-revindicatierecht' wordt in casu bedoeld de persoon die geen rechthebbende is van een vermogensrecht, doch wel de mogelijkheid heeft om het desbetreffende (relatieve) vermogensrecht goederenrechtelijk terug te vorderen.

320 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nrs. 27 t/m 30. Vgl. ook: HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:92, NJ 2014/223, mn.t. S. Perrick; B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld. Enkele beschouwingen over geld, vermogensovergang en verhaalsregulering in de context van het girale betalingsverkeer* (Recht en Praktijk, nr. FR3), Deventer: Kluwer 2009, par 1.1.1.1.

321 Zie ook: M.E. Koppenol-Laforce, 'De ongehoorzame trustee', *WPNR* 2009/6807, p. 639-640.

“Ter bescherming van het trustvermogen en in het belang van de begunstigde is het van belang dat eventuele beperkingen ook goederenrechtelijk gelden jegens verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid kennen of, mede in verband met het bestaan van het trustregister, geacht worden deze te kennen (derde tot en met vijfde lid) [van art. 3:140 – toevoeging KRF] [...] Het tweede lid [van art. 3:156 BWC – toevoeging KRF] betreft de goederenrechtelijke vordering betreffende hetgeen door de trustee in strijd met zijn openbaar gemaakte bevoegdheden of zijn verplichtingen zijn vervreemd. In beginsel zijn alle goederen terugvorderbaar; degene die bewust met de trustee handelt dient diens bevoegdheid te verifiëren in het trustregister. Wel geldt de uit artikel 141 [artikel 140 in plaats van artikel 141 – aanpassing KRF] en uit het algemene vermogensrecht voortvloeiende bescherming van verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid niet kennen of geacht worden deze te kennen. [...]”³²²

Frappant is dat het trustregister waarnaar de Curaçaose wetgever in de memorie van toelichting verwijst, bij de invoering van de Landsverordening trust is geschrapt.³²³ Tevens ontbreekt in de Curaçaose trustwet, de Handelsregisterverordening 2009, het Handelsregisterbesluit 2009 of enig andere wet een wetsbepaling die de publiciteitseis omvat. Het is naar mijn mening moeilijk verteerbaar dat de Curaçaose wetgever deze ernstige tekortkoming over het hoofd heeft gezien. Deze ommissie in de genoemde wetten heeft tot consequentie dat de Curaçaose wetgever indirect een beroep van een derde-verkrijger op derdenbescherming faciliteert. Het achterwege laten van het publiciteitsvereiste in de wet zal veelvuldig leiden tot onbekendheid met de beperking in de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee en daarmee een geslaagd beroep op derdenbescherming, daar waar de beperking heeft plaatsgevonden bij trustakte. De goederenrechtelijke positie van de (potentiële) begunstigde bij een ‘breach of trust’ en zijn recht worden enorm verzwakt, aangezien de kans dat trustzaken met succes kunnen worden teruggevorderd, nogal wordt gereduceerd.

Daarenboven bepaalt art. 3:154 lid 2, 2^e volzin BWC het volgende:

“De trustee geldt als degene tegen wie de desbetreffende rechten en bevoegdheden worden uitgeoefend.”

In deze gedachtegang is de trustee aldus volgens de Curaçaose wetgever de enige persoon jegens wie de (potentiële) begunstigden kunnen optreden. Dat is categorisch onjuist en zonder meer tegenstrijdig. Uit de eerdere analyse is reeds duidelijk gebleken dat (potentiële) begunstigden onder omstandigheden evenzeer jegens derden de aan hun recht van begunstigde verbonden remedies kunnen inroepen. Waarom de Curaçaose wetgever tot deze conclusie komt

322 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 10 en p. 13.

323 *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 15; M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 818.

en dit vervolgens in de wet opneemt, is onbegrijpelijk. Deze onzorgvuldigheden beletten de correcte toepassing van de Curaçaose trustwet.

Ten slotte is het feit dat thans de hoofdregel in de Curaçaose trustwet is die bepaalt dat de trustee onbeperkte beschikkingsbevoegdheid heeft, mijns inziens problematisch.³²⁴ Zoals meermalen is uiteengezet, bepaalt de strekking van het trustverband de werking van de trust en daarmee de rechten, verplichtingen en bevoegdheden van de trustee en de (potentiële) begunstigde die uit het trustverband voortvloeien. Dit betekent dat het trustverband – als gevolg van het goederenrechtelijke effect hiervan – tevens bepaalt op welke wijze de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde wordt vormgegeven. Deze bijzondere rechtsverhouding verplicht de trustee om de trustgoederen te beheren ten behoeve van de (potentiële) begunstigde, hetgeen impliceert dat de trustee immer in het beste belang van de (potentiële) begunstigde dient te handelen. Handelt de trustee niet in overeenstemming hiermee, dan heeft dat naar mijn mening tot gevolg dat zijn beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de trustgoederen wordt aangetast. Hieruit moet naar ik meen worden afgeleid dat de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde naar Curaçaos recht een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee met zich meebrengt.³²⁵ De trustee zal in het kader van de trust dan ook bevoegd zijn om over de trustgoederen te beschikken, voor zover hij het beste belang van de (potentiële) begunstigde in acht neemt. Het feit dat de Curaçaose wetgever in de trustwet heeft opgenomen dat de trustee onbeperkt beschikkingsbevoegd is – zonder rekening te houden met de uit het algemene trustrecht voortvloeiende verplichting van de trustee om te allen tijde de trustgoederen ten behoeve van de (potentiële) begunstigde te beheren – is mijns inziens in strijd met het Curaçaose trustrecht en botst met het karakter van de trust.³²⁶ Door de thans geldende hoofdregel in het Curaçaose trustrecht in stand te laten, wordt mijn inziens indirect een deel van de goederenrechtelijke werking van het trustverband, terstond na de totstandkoming van de trust,

324 Art. 3:140 lid 1 BWC. Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3 en p. 10. De memorie van toelichting geeft aan dat de mogelijkheid tot beperking van de beschikkingsbevoegdheid van regeland recht is.

325 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 3. De Curaçaose wetgever geeft in de memorie van toelichting echter wel toe dat, ter bescherming van de belangen van de begunstigde, gerechtvaardigd is dat de in beginsel onbeperkte beschikkingsbevoegdheid van de trustee kan worden beperkt.

326 Dat de Curaçaose wetgever bepaalt dat de onbeperkte beschikkingsbevoegdheid van de trustee bij trustakte kan worden beperkt, betekent niet dat er sprake is van een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid. Indien niets bij trustakte is bepaald, dan blijft de beschikkingsbevoegdheid van de trustee onbeperkt. Hetgeen ik in het bovenstaande betoog moet in dier voege worden gelezen dat er sprake is van een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee die nader in de trustakte in specifieke gevallen kan worden uitgewerkt.

ontnomen en heeft dat tevens negatieve consequenties voor de uitoefening van de goederenrechtelijke remedies door de (potentiële) begunstigde.

Voor alle in het bovenstaande besproken tekortkomingen worden in paragrafen 4.3.8, 4.3.10, 4.3.11 en 4.3.13 alternatieve regelingen voorgesteld.

3.9.2.5 *Kwalificatie van het recht van de begunstigde naar Curaçaos recht*

3.9.2.5.1 *Kan het recht van de begunstigde worden aangemerkt als een voorwaardelijk eigendomsrecht?*

Eerder in dit hoofdstuk is toegelicht dat de (potentiële) begunstigde bij de totstandkoming van de Curaçaose trust een bundel van rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies – en afhankelijk van de strekking van het trustverband een economisch belang – verkrijgt. Met nadere uitwerking van de rechtsfiguur van het voorwaardelijke eigendomsrecht door de Hoge Raad in zijn arrest *Rabobank/Reuser* rijst de vraag of het recht van de (potentiële) begunstigde als een voorwaardelijk eigendomsrecht, in het bijzonder een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan worden beschouwd.³²⁷ Bij de beantwoording van deze vraag dient mijns inziens duidelijkheidshalve onderscheid te worden gemaakt tussen begunstigten van een ‘fixed’ trust en potentiële begunstigten van een ‘discretionary’ trust.

Wordt een goed onder opschortende voorwaarde overgedragen, dan wordt de verkrijger onder opschortende voorwaarde, zo oordeelde de Hoge Raad, onmiddellijk na de overdracht en vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde, reeds rechthebbende van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde waarover hij kan beschikken.³²⁸ Bij de totstandkoming van een dergelijke overdracht wordt aldus direct aan alle vereisten van art. 3:84 lid 1 BWC voldaan, doch geschiedt de rechtsovergang pas op het tijdstip dat de voorwaarde in werking is getreden.³²⁹ Wanneer de voorwaarde in vervulling gaat, verwerft de verkrijger onder opschortende waarde – door de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde – het onvoorwaardelijke eigendomsrecht van het desbetreffende goed.³³⁰

Op grond van het bovenstaande dient de vraag of het recht van de (potentiële) begunstigde als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde

327 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

328 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 4.2.2.

329 In casu wil dat zeggen dat er sprake is van een onvoorwaardelijke levering ter uitvoering van een onvoorwaardelijke verbintenis die resulteert in een overdracht onder opschortende voorwaarde. Zie in dit kader: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 800-802.

330 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 (*Rabobank/Reuser*), r.o. 4.2.3. Zie ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 109-120 en p. 800-802.

kan worden aangemerkt, naar mijn mening voor zowel de begunstigde van een 'fixed' trust als de potentiële begunstigde van een 'discretionary' trust ontkennend te worden beantwoord. De begunstigde van een 'fixed' trust heeft direct bij de totstandkoming van de trust een vooraf in de trustakte vastgesteld aandeel in het trustfonds en daarmee een economisch belang in de trust. Dit economische belang dat aldus onderdeel uitmaakt van zijn 'recht van de begunstigde', vertaalt zich in een recht op (toekomstige) overdracht op één of meer trustgoederen.³³¹ Dit recht van overdracht heeft in casu echter géén goederenrechtelijke werking. Dit impliceert dat de trustee in beginsel primair zal moeten bepalen op welk tijdstip de eigendomsoverdracht zal moeten geschieden. Vervolgens dient hij – anders dan bij de eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde het geval is – te voldoen aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BWC, teneinde de daadwerkelijke rechtsovergang van een trustgoed – dat wil zeggen de eigendomsoverdracht van een trustgoed – op het vastgestelde tijdstip te bewerkstelligen.³³² Van een overdracht van trustgoederen aan of verkrijging van enige vorm van eigendomsrecht door de begunstigde door verwerving van het recht van de begunstigde bij de totstandkoming van de trust, is derhalve geenszins sprake.

Ook in geval van de potentiële begunstigde van een 'discretionary' trust kan er op geen enkele wijze gesproken worden van een overdracht van goederen, dan wel van een eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde. Potentiële begunstigten verwerven zolang de trustee zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van begunstigten niet heeft uitgeoefend, géén aandeel in het trustfonds. Hun recht van begunstigde omvat om deze reden ook géén economisch belang dat hun een verbintenisrechtelijk recht geeft op (toekomstige) overdracht van één of meer trustgoederen.³³³ Dit brengt met zich mee dat de fase waarin de trustee tot overdracht van trustgoederen kan overgaan, bij een 'discretionary' trust nog niet is bereikt.³³⁴ Voordat de trustee zich kan verplichten tot eigendomsoverdracht van de trustgoederen krachtens het bepaalde in art. 3:84 lid 1 BWC, zal hij tevens in dit geval moeten bepalen op welk tijdstip de overdracht dient te geschieden en moet hij vaststellen wie de verkrijger van de trustgoederen zal zijn. Dat laatste geschiedt door de aanwijzing van een begunstigde uit de groep der potentiële begunstigten op grond van de aan de trustee verleende discretionaire bevoegdheid. Pas wanneer bij de aangewezen begunstigde een recht op overdracht op één of meer

331 In de situatie dat de begunstigde een voorwaardelijk recht van de begunstigde heeft verworven, heeft hij een voorwaardelijk economisch belang en verwerft hij derhalve een voorwaardelijk recht op overdracht.

332 Vgl. ook: HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 3.6.

333 Potentiële begunstigten hebben aldus enkel een verwachting, oftewel een potentieel economisch belang.

334 Vgl. ook: HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), r.o. 3.6.

trustgoederen ontstaat, kan de trustee de eigendomsoverdracht van het desbetreffende trustgoed realiseren.

3.9.2.5.2 *Het recht van de begunstigde als vermogensrecht ex art. 3:6 BWC*

De begunstigde is, voor zover de trustakte niet anders bepaalt, bevoegd om over zijn rechten en bevoegdheden in de trust te beschikken.^{335/336} Op de vraag of het 'recht van de begunstigde' op zichzelf als vermogensrecht en derhalve als goed kan worden beschouwd, geeft de Curaçaose wetgever echter geen antwoord. Het 'recht van een begunstigde' bij een 'fixed' trust omvat – naast een aantal rechten, bevoegdheden en remedies – tevens een economisch belang. Daarnaast is dit recht, zo volgt uit art. 3:154 lid 2 BWC, in beginsel vatbaar voor overdracht. Aangezien het recht van de begunstigde in dergelijke gevallen overdraagbaar is, ertoe strekt de begunstigde stoffelijk voordeel te verschaffen en derhalve een bepaalde waarde in het economisch verkeer representeert, lijdt het naar mijn mening geen twijfel dat zulks onder de noemer 'vermogensrecht' valt en daarmee ook een goed is ex art. 3:1 BWC. Daarentegen omvat het 'recht van de begunstigde' bij een 'discretionary' trust géén economisch belang dat recht geeft op (toekomstige) overdracht van één of meer trustgoederen. Dit impliceert dat een dergelijk recht van de begunstigde niet direct een economische waarde representeert. De enkele verwachting van een potentiële begunstigde ten aanzien van een (toekomstige) overdracht van één of meer trustgoederen, kan op zichzelf niet worden beschouwd als een zelfstandig vermogensrecht en daarmee evenmin als een zelfstandig (overdraagbaar) goed.³³⁷ Niettemin kwalificeert de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de potentiële begunstigde als zodanig naar mijn opvatting als vermogensrecht ex art. 3:6 BWC en derhalve ook als een goed ex art 3:1 BWC. De reden die hieraan ten grondslag ligt is dat de potentiële begunstigde – hoewel hij geen economisch belang heeft in de trust – wel een aantal basisrechten, bevoegdheden en remedies verkrijgt ter handhaving van de trust.³³⁸ Dit samenstel van rechten, bevoegdheden en remedies is het spiegelbeeld van de taken c.q. verplichtingen van de trustee die hij jegens en in het belang van de potentiële begunstigde dient te vervullen c.q. na te komen. Zo heeft de potentiële begunstigde – zoals eerder is belicht – het recht op behoorlijk beheer van de trust en kan hij onder meer schadevergoedingsclaims indienen en heeft hij onder omstandigheden de mogelijkheid om (gesubstitueer-

335 Art. 3:154 lid 2 BWC.

336 Zie echter art 3:154 lid 3 BWC waarin is bepaald dat uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie in beginsel niet feitelijk kunnen worden gebruikt voor betaling van schulden die geen verband houden met het doel waarvoor deze gedaan zijn en is de begunstigde niet bevoegd over het recht op die uitkeringen te beschikken.

337 Vgl. ook: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 290-291; B. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, nr. 3.2.3.3.

338 Zie paragraaf 3.3.9.

de) trustgoederen op te vorderen bij een ‘breach of trust’. Het feit dat de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de potentiële begunstigde in dat soort gevallen weliswaar niet ertoe strekt stoffelijk voordeel te leveren doch wel gericht is op bepaalde prestaties van de trustee, brengt ongetwijfeld voordeel voor de potentiële begunstigde met zich.³³⁹

Overdracht van een overdraagbaar recht van de begunstigde in een ‘fixed’ trust vindt plaats krachtens de in art. 3:84 lid 1 BWC neergelegde vereisten.^{340/341} De levering geschiedt – gelet op het type recht – door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan aan de trustee ingevolge art. 3:94 lid 1 BWC. Theoretisch gezien behoort een stille cessie van het recht van de begunstigde in een ‘fixed’ trust op grond van art. 3:94 lid 3 BWC – dat wil zeggen een overdracht waarvan een mededeling niet is vereist – evenzeer tot de mogelijkheden. Of een stille cessie in casu praktisch realiseerbaar is, is niet in de memorie van toelichting terug te vinden. Een stille cessie van een recht van de begunstigde in een ‘fixed’ trust kan naar ik meen het beheer en de goede werking van de trust in de weg staan. De trustee kan zonder enige mededeling geconfronteerd worden met een nieuwe onbekende begunstigde, terwijl van hem op grond van het trustrecht vereist wordt dat hij te allen tijde in het belang van een begunstigde dient te handelen. Aan dit vereiste kan hij alleen voldoen op het moment dat hij in kennis is gesteld van de overgang van het recht van de begunstigde op de nieuwe begunstigde. Wordt hij echter niet geïnformeerd door partijen, dan bestaat de mogelijkheid dat dit leidt tot een ‘breach of trust’ door bijvoorbeeld informatie over de trust aan de verkeerde persoon te doen toekomen of trustgoederen aan de verkeerde persoon te

339 Vgl. in dit kader: C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 89-90, waarin de Nederlandse wetgever aangeeft dat bepaalde rechten die noch tot het verkrijgen van stoffelijk voordeel strekken, noch overdraagbaar zijn, wel als vermogensrechten kunnen worden aangemerkt. Het zijn van vermogensrecht is voor zodanige rechten vooral van belang met het oog op de toepasselijkheid van de titels betreffende verbintenissen en rechtsvorderingen, aldus de Nederlandse wetgever. Het betoog dat de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van een potentiële begunstigde als een vermogensrecht kwalificeert, kan mijns inziens zijn grond vinden in hetgeen de Nederlandse wetgever in het voornoemde tot uitdrukking brengt. Voorts is de opsomming in art. 3:6 BWC niet limitatief. Vgl. ook: E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 86 en p. 248; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 1-2; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 4-5.

340 De memorie van toelichting vermeldt dat “ten aanzien van de wijze waarop kan worden beschikt gelden de algemene regels van vermogensrecht.” Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 12-13.

341 Het recht van de begunstigde kan derhalve tevens onder trustverband worden geplaatst, zodat een zogenoemde subtrust ontstaat. Zie ook: J. de Boer, ‘De trust naar Curaçaos recht’, *WPNR* 2012/6926, p. 289.

leveren. De mededeling aan de trustee als constitutief vereiste voor de levering bij de overdracht van het recht van de begunstigde in een 'fixed' trust cessie acht ik derhalve wenselijk.

Het recht van de begunstigde in een 'discretionary' trust is krachtens art. 3:83 lid 1 BWC naar zijn aard niet vatbaar voor overdracht. Dit is naar mijn mening te wijten aan het gegeven dat aan het recht van de begunstigde in een 'discretionary' trust een onzeker element verbonden is ter zake de aanwijzing van een begunstigde. Voorts is het onwenselijk dat een overdracht plaatsvindt aan personen buiten de groep der potentiële begunstigten, hetgeen in strijd is met de intentie van de insteller bij de totstandkoming van de trust. Dit leidt ertoe dat art. 3:154 lid 2 BWC in casu niet van toepassing is.

3.10 De instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel

Zoals reeds is besproken, heeft de Curaçaose trustwetgeving de insteller de mogelijkheid geboden om naast de instelling van een trust ten behoeve van één of meer (potentiële) begunstigten, mede een trust in te stellen ter verwezenlijking van een omschreven doel.

De trust ter verwezenlijking van een omschreven doel wordt naar Curaçaos recht grotendeels aan dezelfde vereisten onderworpen als de trust ten behoeve van (potentiële) begunstigten en tevens zijn nagenoeg alle bepalingen van titel 3.6 BWC op deze trust van toepassing. In tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht bevat de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel naar Curaçaos recht echter geen publiek element waarbij vereist is dat voor de instelling sprake moet zijn van de behartiging van maatschappelijke c.q. charitatieve belangen. Zolang het omschreven doel niet in strijd is met dwingende wetbepalingen, de goede zeden of de openbare orde is de instelling van deze trust aldus toegestaan.³⁴²

Een bijzonder probleem dat zich echter voordoet bij de instelling van een trust ter verwezenlijking van een omschreven doel is het feit dat de Curaçaose trust – evenals de Anglo-Amerikaanse trust – geen begunstigten heeft, hetgeen betekent dat er in tegenstelling tot de trust ten behoeve van (potentiële) begunstigten geen trustrechtelijke rechtsverhouding bestaat tussen de trustee en de begunstigde.³⁴³ Het gevolg hiervan is dat thans naar Curaçaos recht onbekend is welke personen ter nastreving van het doel waarvoor de trust is ingesteld, de basisrechten en bevoegdheden die een begunstigde normaliter kan uitoefenen ingevolge het algemeen Curaçaose trustrecht dienen uit te oefenen. Het is evenmin bekend welke personen in dit kader rechtens kunnen optreden tegen een schending van de trustrechtelijke verplichtingen door de

³⁴² Art. 3:130 lid 5 jo. art. 3:40 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 6-7.

³⁴³ Zie paragraaf 2.4.12.

trustee en derhalve remedies kunnen inroepen ingeval de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen handelt. Kennelijk heeft de Curaçaose wetgever bij dit knelpunt niet stilgestaan met als gevolg dat hierin niet bij wet is voorzien.³⁴⁴

Wordt een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel in het leven geroepen, dan moet de persoon die in dat geval de plaats van een (potentiële) begunstigde inneemt, naar mijn mening dezelfde rechten en bevoegdheden die een (potentiële) begunstigde verkrijgt bij de totstandkoming van de trust, kunnen uitoefenen. Dat geldt evenzeer voor de hem toekomende remedies. Hij kan het recht van de begunstigde aldus rechtens uitoefenen als ware hij een (potentiële) begunstigde.

3.11 De uitvoering van de Curaçaose trust in de praktijk³⁴⁵

De Curaçaose trust heeft sinds zijn invoering op 1 januari 2012 volgens de Curaçaose notariële praktijk geringe bekendheid genoten in de lokale en internationale financiële wereld en is thans een nog weinig gebruikte rechtsfiguur. Dit is niet vreemd, gelet op het feit dat deze rechtsfiguur een novum is in het Koninkrijk,³⁴⁶ in het bijzonder voor het Curaçaose notariaat, en ook de wetgeving nog in de kinderschoenen staat. De consequentie hiervan is dat het Curaçaose notariaat thans, zonder goede kennis van het trustrecht, niet de juiste invulling kan geven aan de in dit hoofdstuk besproken punten in de notariële akte. Voorts wordt de rechtspraktijk geconfronteerd met velerlei wetsgebreken die tot heden nog niet zijn verholpen.

Het is voorts niet onbegrijpelijk dat tot op heden geen ruchtbaarheid is gegeven aan de trust. Enerzijds wil het Curaçaose notariaat geen risico's nemen die tot civielrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden en dientengevolge de eer en aanzien van de notaris aantasten. Anderzijds kan de cliënt door de thans voorkomende wettelijke tekortkomingen en onduidelijkheden niet op de juiste wijze van advies worden voorzien met als gevolg dat hij al snel kan worden benadeeld. Dit heeft tot gevolg dat de werking van de trust in de praktijk zonder meer wordt belemmerd.

In dit kader pleit ik voor een spoedige wetsherziening om eventuele misstanden in de praktijk te voorkomen. Die zullen niet alleen het imago van het Curaçaose notariaat schaden, maar zullen tevens een negatieve impact op het Curaçaose investeringsklimaat hebben, ook al wordt de Curaçaose trust

³⁴⁴ Zie voor de voorgestelde oplossing paragraaf 3.4.2.

³⁴⁵ Bergervoet, Mansur en Burgers bespreken in hun bijdragen de mogelijkheden die de Curaçaose trust biedt in de praktijk. Zie hiervoor: M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926 en H.Th.M. Burgers, 'Welkom Trust!', *CJB* 2012/2.

³⁴⁶ St. Maarten heeft overigens in 2014 de Landsverordening trust (*Afkondigingsblad* 2014, nr. 7) ingevoerd.

door de wetgever gezien als een goed alternatief voor de teruggang van de 'offshore' sector. Na een noodzakelijke wetswijziging dient in mijn optiek in het belang van het Curaçaose investeringsklimaat meer ruchtbaarheid te worden gegeven aan de trustfiguur.

4 TRUSTRECHTELIJKE RECHTEN EN BEVOEGDHEDEN IN HET CURAÇAOSE TRUSTRECHT

In het Anglo-Amerikaanse trustrecht is de rechtsfiguur van de trust nauw verbonden met de complexe figuur van 'powers', de zogenoemde rechten en bevoegdheden die in het kader van het beheer van de trust c.q. de beschikking van de trustgoederen kunnen worden toegekend aan bijvoorbeeld de insteller, de trustee of een derde.³⁴⁷ Vanwege de flexibiliteit die gepaard gaat met het gebruik van 'powers', komt de combinatie 'trust' en 'powers' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht tamelijk frequent voor. Ook het Curaçaose trustrecht kent rechten en bevoegdheden die aan een insteller, trustee of een derde kunnen worden verleend ten aanzien van de trust. Dit onderwerp is echter onderbelicht gebleven in de memorie van toelichting op de Curaçaose trustwet. Vanuit praktisch oogpunt zou het mijns inziens verstandig zijn geweest van de Curaçaose wetgever om deze trustrechtelijke rechten en bevoegdheden separaat te behandelen, teneinde het belang en de flexibiliteit die het inzetten hiervan met zich meebrengt, te benadrukken.

Om het verband tussen de trust en de trustrechtelijke rechten en bevoegdheden te verduidelijken, zullen de belangrijkste trustrechtelijke rechten en bevoegdheden in het onderstaande kort de revue passeren, met dien verstande dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen wettelijke en niet-wettelijke rechten en bevoegdheden.

4.1 Wettelijke trustrechtelijke rechten en bevoegdheden in het Curaçaose trustrecht

4.1.1 De bevoegdheid om de trustbepalingen te wijzigen en de trust te herroepen

In beginsel is het naar Curaçaos recht niet mogelijk een trust te herroepen of te wijzigen.³⁴⁸ Hiervan kan evenwel in de trustakte worden afgeweken.³⁴⁹ Dit impliceert dat de omstandigheden waaronder de wijzigingen en herroeping

³⁴⁷ Zie hoofdstuk 2.5.

³⁴⁸ Wat het karakter van de bevoegdheid tot herroeping is, is afhankelijk van de uitwerking in de trustakte. Indien het herroepingsrecht geformuleerd is als een ontbindende voorwaarde, komt in beginsel daaraan goederenrechtelijke werking toe.

³⁴⁹ Art. 3:132 lid 1 BWC en MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

toegestaan zijn in de akte moeten worden vermeld. Tevens kan een wijziging of herroeping uitsluitend plaatsvinden door de persoon die krachtens de akte bevoegd is.³⁵⁰ Een dergelijke wijziging of herroeping dient bij notariële akte te geschieden.³⁵¹ Het lijkt erop dat de Curaçaose wetgever met deze wetsbepaling voor wat betreft de herroeping en de wijzigingsbevoegdheid, de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de zogeheten ‘powers of revocation’, respectievelijk de ‘powers to amend the trust deed’ heeft willen introduceren.³⁵² Voor de insteller kan de mogelijkheid van herroeping en wijziging een interessante bepaling zijn ingeval hij enige controle wil behouden over de onder trustverband geplaatste goederen.

Voorts is mijns inziens het recht van herroeping in het trustrecht in zekere zin te vergelijken met de herroepingsmogelijkheid in het Curaçaose schenkingsrecht, zolang de insteller zelf gebruikmaakt van deze mogelijkheid van herroeping.³⁵³ Het moge duidelijk zijn dat – zoals reeds is opgemerkt – de instelling van een trust waarbij de insteller de beoogde trustgoederen aan de trustee toevertrouwt, civielrechtelijk niet als een gift kan worden aangemerkt.³⁵⁴ Er zou echter wel, indien de bevoegdheid tot herroeping aan een ander dan de insteller van de trust wordt gegeven, sprake kunnen zijn van een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC.³⁵⁵ Als gevolg van de uitoefening van het herroepingsrecht wordt het eigen vermogen van deze derde door de verkrijging van het trustfonds verrijkt, terwijl hij nimmer eigenaar is geweest van de goederen die onder trustverband zijn geplaatst.³⁵⁶ Het lijkt mij dat in dit soort situaties sprake is van oneigenlijk gebruik van het trustrecht. Is de achterliggende gedachte van een zodanige herroeping enige controle over de trust door een ander dan de insteller, dan zijn er andere mechanismen in de wet – men denke onder andere aan de benoeming van een protector of uitbreiding van de groep der trustees – om dat te realiseren. Gezien het voorgaande dient de mogelijkheid tot herroeping enkel te worden bedongen door de insteller. Degene die een schenking c.q. gift wil doen, dient naar mijn mening in casu gebruik te maken van het schenkingsrecht.

350 Art. 3:132 lid 1 BWC.

351 Art. 3:132 lid 2 BWC.

352 Voor een uiteenzetting van het leerstuk van de ‘powers of revocation’ in het Anglo-Amerikaanse trustrecht zie paragraaf 2.5.3.1. Zie voor een uiteenzetting van de ‘power to amend the trust deed’ in het Anglo-Amerikaanse trustrecht bijvoorbeeld: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nrs. 33-071 t/m 33-084.

353 Landsverordening erfrecht en schenking, *Publicatieblad* 2011, nr. 68, is inwerking getreden op 1 januari 2012. Vgl. ook: T.J. Mellema-Kranenburg, ‘De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?’, *TE* 2004/03; J.B. Vegter, ‘Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking’, *WPNR* 2008/6744.

354 Zie paragraaf 3.3.3.5.

355 Dit is afhankelijk van de wijze waarop het recht van herroeping in de trustakte is vormgegeven. Dit zal met name het geval zijn indien het herroepingsrecht goederenrechtelijke werking heeft.

356 Dit is het geval waarin de herroeping is vormgegeven als een ontbindende voorwaarde.

Is de insteller voornemens de trust te herroepen, dan dient de notaris zonder meer bij het verlenen van ministerie zijn zorgplicht jegens derden (*lees*: crediteuren)³⁵⁷ in acht te nemen ter voorkoming van notariële aansprakelijkheid. Stel dat de insteller een groot deel van zijn goederen in een Curaçaose trust onderbrengt, terwijl hij zich de mogelijkheid tot herroeping voorbehoudt. Door het plaatsen van de goederen onder trustverband kunnen deze goederen op eenvoudige wijze aan het verhaal van de crediteuren van de insteller worden onttrokken, met als gevolg dat er sprake kan zijn van een paulianeuze handeling.³⁵⁸ De schuldeisers van de insteller zullen zich in ieder geval op de goederen kunnen verhalen op het moment dat de insteller gebruikmaakt van de mogelijkheid tot herroeping en deze goederen terugkeren in het vermogen van de insteller.³⁵⁹ Indien de notaris ondanks zijn vakkennis twijfelt over de mogelijke herroeping in de akte, in die zin dat het paulianeus zou kunnen zijn, dan dient hij bij de herroeping dienst te weigeren en moet hij de insteller verwijzen naar de rechter.³⁶⁰ De notaris beschikt in complexe situaties immers niet over de juiste middelen om een diepgaand feitenonderzoek te verrichten en te beoordelen of er bij twijfelgevallen sprake is van een *actio pauliana*.³⁶¹ Verder moet de notaris in dit soort gevallen waken tegen misbruik van de bevoegdheid tot herroeping.³⁶² Gezien het bovengenoemde is het derhalve terecht dat de notaris een monopoliepositie heeft ten aanzien van de instelling en de herroeping van een trust.

Ten slotte kunnen in situaties waarin een bevoegdheid tot wijziging van de trustakte in de trustakte is gecreëerd, risico's op de loer liggen vanwege de grote mate van flexibiliteit.³⁶³ Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de insteller of een ander aan wie deze bevoegdheid is verleend, verregaande wijzigingen doorvoert met het gevolg dat deze in strijd zijn met het doel van de trust en de strekking van hetgeen de insteller aanvankelijk met de trust had bedoeld. Verregaande wijzigingen kunnen eveneens ten detrimente zijn

357 HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627, m.nt. W.M. Kleijn, HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628, HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, NJ 1996/629, m.nt. W.M. Kleijn (*Tilburgse Hypotheekbank I, II en III*) en HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*); Zie ook: HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.7 – 2.30.

358 Naar Anglo-Amerikaans recht wordt een 'power of revocation' onder omstandigheden gelijkgesteld met eigendom en kunnen crediteuren van de insteller zich verhalen op de onder trustverband geplaatste goederen, indien de insteller zich een 'power of revocation' heeft voorbehouden. Zie hiervoor paragraaf 2.5.3.7.

359 Vgl. ook W.J. Zwalve, 'You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 146-147.

360 HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.28.

361 HR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:4 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), nr. 2.28.

362 Vgl.: C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2019, nrs. 85-87.

363 Art. 3:133 BWC is van regelend recht. Zie hiervoor: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

van (potentiële) begunstigden. De notaris heeft derhalve – zoals ook het geval is bij de herroeping van een trust – in casu een prominente rol in het erop toezien dat rechten van derden worden geëerbiedigd en de belangen van (potentiële) begunstigden worden gerespecteerd.

4.1.2 *Wijziging van de trustbepalingen door onvoorziene omstandigheden*³⁶⁴

Het kan zijn dat na de instelling van de trust of wijziging van de trustbepalingen door onvoorziene omstandigheden aan de kennelijke bedoeling van de insteller in een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare mate afbreuk wordt gedaan.³⁶⁵ In dit geval kunnen op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie aanpassingen of het buiten toepassing laten van trustbepalingen door de rechter plaatsvinden.³⁶⁶ Als belanghebbende kunnen mijns inziens onder meer worden aangemerkt de insteller, de trustee, de begunstigde, de protector³⁶⁷ of een bij de trust betrokken derde. Terughoudendheid van de rechter bij toepassing van dit artikel is echter geboden.³⁶⁸

4.1.3 *De bevoegdheid om een trustee te benoemen, te schorsen, te vervangen of te ontslaan*

De insteller, de protector, of een derde hebben, indien een daartoe strekkende bevoegdheid in de trustakte is gecreëerd, de bevoegdheid om een trustee te schorsen, te vervangen, dan wel te ontslaan.³⁶⁹ Deze bevoegdheid is gebaseerd op de Anglo-Amerikaanse ‘powers to appoint, substitute and remove trustees’. Het is voor mij onbegrijpelijk dat de wetgever de mogelijkheid tot benoeming van meerdere trustees na de instelling van de trust niet in de wet heeft geïncorporeerd. De memorie van toelichting spreekt alleen over het feit dat het neerleggen van de functie van trustee een aangelegenheid van regelend recht is.³⁷⁰

364 In het Anglo-Amerikaanse trustrecht staat dit bekend als de ‘variation’ of trusts. Zie voor een uitvoerige bespreking hiervan onder andere: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 487-495; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 725 e.v.

365 Art. 3:133 lid 1 BWC.

366 Art. 3:133 lid 1 BWC.

367 Ingevolge art. 3:150 lid 4 BWC geldt de protector in beginsel als belanghebbende in de zin van titel 3.6 BWC.

368 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 7.

369 Art. 3:144 leden 2,3 en 5 BWC. Zie ook: paragraaf 3.3.7.

370 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 11.

4.1.4 *De bevoegdheid om een protector te benoemen, te schorsen, te vervangen of te ontslaan*

De huidige Curaçaose trustwet bepaalt dat in de trustakte de functie van protector in het leven kan worden geroepen.³⁷¹ Indien de mogelijkheid daartoe is geschapen, dient tevens bij trustakte te worden bepaald welke personen tot benoeming bevoegd zijn.³⁷² Voor wat betreft de schorsing, vervanging of ontslag van de protector, heeft de Curaçaose trustwet tevens de mogelijkheid geschapen om bevoegdheden ten aanzien hiervan te creëren.³⁷³ Deze bevoegdheden kunnen onder meer worden toegekend aan een insteller of een derde.

4.1.5 *De bevoegdheid om bepaalde maatregelen te nemen ter bescherming van het trustfonds*

Blijkens art. 3:158 BWC kan in de trustakte worden bepaald dat één of meer personen worden aangewezen die de bevoegdheid verkrijgen om bepaalde maatregelen te nemen ter bescherming van het trustfonds onder de in de trustakte omschreven omstandigheden. Deze wetsbepaling is in tamelijk vage bewoordingen geschreven en het is mij derhalve niet duidelijk wat de wetgever verstaat onder de woorden 'bescherming' en de 'maatregelen' die ter bescherming in casu genomen zouden kunnen worden. Over dit artikel vermeldt de memorie van toelichting slechts het volgende:

"Deze bepaling behoeft geen verdere toelichting."³⁷⁴

Naar mijn mening is een toelichting in casu echter noodzakelijk, omdat het wetsartikel zonder concretisering ruimte laat voor speculatie en zich derhalve gemakkelijk leent voor misbruik van bevoegdheid of een schijnhandeling³⁷⁵. Een ander belangrijk punt is dat het niet duidelijk is of de gecreëerde bevoegdheid op basis van art. 3:158 BWC van goederenrechtelijke aard kan zijn, met als gevolg dat de impact ervan op de positie van derden niet altijd in te schatten is. Gezien het bovenstaande, is het dan zeer de vraag of de Curaçaose wetgever over dient te gaan tot herformulering, dan wel schrapping van deze wetsbepaling.³⁷⁶

371 Art. 3: 147 lid 1 BWC.

372 Art. 3:147 lid 2 BWC. Zie ook: art. 3:152 lid 5 BWC.

373 Art. 3:152 leden 2 en 3 BWC.

374 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 14.

375 Het leerstuk van de schijnhandeling (simulatie) kan mijns inziens analoog in zulks geval worden toegepast. Zie in dit kader: C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, nrs. 153-156.

376 Zie de voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.12.

4.1.6 De wettelijke bevoegdheden van de trustee

Naast de op grond van het algemene Curaçaose trustrecht en de in de trustakte neergelegde verplichtingen die aan de trustee zijn opgelegd, kunnen tevens bevoegdheden aan de trustee worden verleend. Krachtens art. 3:139 lid 1 BWC is een trustee onder meer bevoegd tot:

- a. vervreemding, belegging en herbelegging van het trustvermogen;
- b. uitkering van het zuiver inkomen of accumulatie voor ten hoogste vijf jaren;
- c. beëindiging of opschorting van uitkeringen ter voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie, voor zover die uitkeringen feitelijk voor een ander doel gebruikt worden;
- d. beëindiging van uitkeringen indien een begunstigde, in strijd met een daartoe strekkend verbod in de trustakte, zijn belang in de trust heeft vervreemd, bezwaard of belast;
- e. het op verzoek van de insteller, de protector of derden doen van uitkeringen aan niet in de trustakte genoemde personen of ten behoeve van niet in de trustakte genoemde doelen, mits deze uitkeringen niet onverenigbaar zijn met de trustbepalingen³⁷⁷;
- f. raadpleging van adviseurs in verband met de uitoefening van zijn taak.

Uit de memorie van toelichting kan indirect worden afgeleid dat de bovengenoemde lijst niet limitatief is.³⁷⁸ Voorts bepaalt art. 3:139 lid 4 BWC dat in de trustakte van de in art. 3:139 lid 1 BWC neergelegde bevoegdheden kan worden afgeweken.

Hetgeen allereerst in casu in het oog springt is dat art. 3:139 lid 1 BWC volgens de memorie van toelichting de trustee uitgebreide bevoegdheden tot handelen geeft.³⁷⁹ Ik vind deze bepaling echter semantisch meerduidig. Enerzijds lijkt de wetgever op basis van de memorie van toelichting te suggereren dat de uitoefening van de in art. 3:139 lid 1 BWC genoemde bevoegdheden

³⁷⁷ De memorie van toelichting zegt over deze bepaling het volgende: "onderdeel e is bedoeld om een wettelijke basis te geven voor het voldoen aan niet bindende verzoeken, al dan niet in de vorm van in de trustpraktijk gehanteerde "letters of wishes". Het voorgaande is mijns inziens verwarrend. Het is mij niet duidelijk waarom de Curaçaose wetgever van mening is dat de in de praktijk gehanteerde 'letters of wishes' een wettelijke basis behoeven, gelet op het feit dat hetgeen in een 'letter of wishes' is opgenomen niet rechtens afdwingbaar is. Voorts zou de insteller, protector of derde in beginsel geen verzoeken tot uitkering kunnen doen aan niet in de trustakte genoemde personen c.q. doelen. Dergelijke verzoeken zijn in strijd is met één van de materiële vereisten van de totstandkoming van de Curaçaose trust, namelijk de aanwijzing van de begunstigde c.q. de omschrijving van het desbetreffende doel in de trust akte. Zou een trustee het desbetreffende verzoek honoreren, dan zou zijn handelen in strijd zijn met het algemeen trustrecht en daarmee schendt hij zijn trustrechtelijke verplichtingen. Een uitzondering hierop is een daartoe strekkende bevoegdheid – de zogenoemde bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde – die in de trustakte is opgenomen.

³⁷⁸ MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

³⁷⁹ MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

afhankelijk is van het type trust dat in het leven is geroepen.³⁸⁰ Anderzijds kan de voornoemde wetsbepaling in dier voege worden geïnterpreteerd dat bij gebreke van een andersluidend beding in de trustakte, de trustee in elk geval de aan hem in art. 3:139 lid 1 BWC toegekende bevoegdheden heeft, ongeacht het type trust dat is ingesteld. In dat geval zou het vreemd zijn om deze bevoegdheden te codificeren, met name omdat de Curaçaose trustwetgeving in beginsel van regeland recht is en de bevoegdheden van de trustee vooral zullen afhangen van de inhoud en de strekking van het trustverband en de in de trustakte neergelegde voorwaarden. Het toekennen van een in de voornoemde bepaling genoemde bevoegdheid kan daarnaast onverenigbaar zijn met het doel en strekking van de trust, met name indien in de trustakte niet van art. 3:139 lid 1 BWC is afgeweken. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin aan de trustee onder het huidige trustrecht een wettelijke bevoegdheid tot belegging wordt verleend, terwijl de trust juist gecreëerd is om unieke en kostbare goederen van de insteller te beschermen, teneinde die te zijner tijd aan de volgende generatie over te dragen. Het feit dat de trustee in een dergelijk geval zijn bevoegdheid toch niet zal kunnen uitoefenen – de uitoefening is immers niet in het belang van de begunstigde – en de insteller een breed scala aan mogelijkheden heeft in het Curaçaose trustrecht, maakt een dergelijke wetsbepaling in mijn ogen overbodig.

Voorts kan ik me niet aan de indruk onttrekken dat de Curaçaose wetgever het onderscheid tussen enerzijds de trust als rechtsfiguur en de trustrechtelijke rechten en bevoegdheden niet kent. Dit leid ik uit van het volgende:

“Het eerste lid, van regeland recht [zie artikel 139, eerste lid – aanpassing KRF], geeft aan de trustee uitgebreide bevoegdheden tot handelen. Men vergelijk de in het Anglo-Amerikaans recht bekende “discretionary trust”, waarmee een trust bedoeld wordt, waarbij de trustee naar eigen inzicht kan bepalen of en in hoeverre hij het trustinkomen zal uitkeren of accumuleren (sic).”

Op basis van het bovenstaande wekt de Curaçaose wetgever de schijn dat trustrechtelijke rechten en bevoegdheden enkel aan een trustee van een ‘discretionary’ trust kunnen worden toegekend. Dit is allesbehalve juist. Bevoegd-

380 De Curaçaose wetgever geeft de volgende voorbeelden: “Het in onderdeel a bepaalde maakt het mogelijk dat de trust gebruikt wordt als investment trust. De belegger is dan een insteller en begunstigde tegelijk. Ten aanzien van het in onderdeel b bepaalde wordt ten deze verwezen naar artikel 154, eerste lid. Het onder c en d bepaalde is bedoeld om “spendthrift clauses” mogelijk te maken. Op basis van deze bepaling kan de insteller voorkomen dat de begunstigde zijn rechten en aanspraken op toekomstige uitkeringen van inkomen of op het trustvermogen zelf kan overdragen of dat crediteuren van de begunstigde daar aanspraak op maken. Vanzelfsprekend kan de begunstigde over reeds ontvangen uitkeringen vrijelijk beschikken en zijn de reeds ontvangen uitkeringen voor beslag vatbaar. Onderdeel e is bedoeld om een wettelijke basis te geven voor het voldoen aan niet bindende verzoeken, al dan niet in de vorm van in de trustpraktijk gehanteerde “letters of wishes”. ”

heden kunnen altijd aan iedere trustee worden verleend, ongeacht of er sprake is van een 'fixed' of een 'discretionary' trust. Het type trust is voor de toekenning van bevoegdheden aan de trustee aldus in alle gevallen irrelevant. Dat de trustee bij de 'discretionary' trust een discretionaire bevoegdheid heeft om uiteindelijk vast te stellen welke potentiële beneficiaries daadwerkelijk worden aangewezen als begunstigde en wat de aard en omvang van hun belang is in het trustfonds, doet hier niet aan af.^{381/382}

4.2 Niet in de wet geregelde rechten en bevoegdheden

4.2.1 *De rechten en bevoegdheden die niet onverenigbaar zijn met het bestaan van de trust*

De Curaçaose wetgever heeft voor de insteller de mogelijkheid gecreëerd om zich op grond van art. 3:127 lid 3 BWC³⁸³ bepaalde rechten en bevoegdheden voor te behouden ten aanzien van de trust.³⁸⁴ Tevens is het mogelijk dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft. Het voorgaande is krachtens de wet niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het bestaan van de trust.

Het Curaçaose trustrecht heeft met de introductie van art. 3:127 lid 3 BWC – naast de reeds gegeven mogelijkheden in de huidige wet om rechten en bevoegdheden aan de in de trustakte genoemde personen toe te kennen – expliciet de mogelijkheid voor de insteller geschapen om zich bepaalde rechten en bevoegdheden voor te behouden. Welke rechten en bevoegdheden de insteller van een trust zich precies kan voorbehouden, is niet geheel duidelijk en de memorie van toelichting geeft hierover evenmin uitsluitsel. Door een toelichting ten aanzien van het bepaalde in art. 3:127 lid 3 BWC achterwege te laten, heeft de wetgever in mijn ogen ongewenst veel ruimte open gelaten voor diverse interpretaties en verhoogt dit het risico op misbruik van het trustrecht.

De voornoemde wetsbepaling geeft de insteller als zodanig veel ruimte om rechten en bevoegdheden aan zichzelf toe te kennen die hij naar eigen goeddunken kan invullen. Het gevaar hiervan ligt in het feit dat de insteller de rechten en bevoegdheden die hij aan zichzelf verleent, op zodanige wijze vorm kan geven dat hij nochtans volledig de regie blijft behouden over de goederen die hij onder trustverband heeft geplaatst. De toekenning van verregaande rechten en bevoegdheden door de insteller aan zichzelf zonder formeel rechthebbende te zijn van de goederen, kan een ernstige inbreuk op het eigendomsrecht van de trustee als zodanig impliceren. Men denke bijvoorbeeld aan

381 Zie in dit kader paragraaf 2.5.8.2.

382 Zie voor de voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.1.

383 Art. 3:127 lid 3 is ontleend aan art. 2 lid 3 HTV.

384 Deze situatie is mogelijk, zolang de insteller niet tevens als trustee optreedt.

het geval waarbij de trustee voor iedere handeling toestemming dient te vragen aan de insteller of de situatie waarin de insteller als zodanig een combinatie van rechten en bevoegdheden die normaliter toekomen aan zowel de trustee als de begunstigde, aan zichzelf toekent. Bij verreikende rechten en bevoegdheden van de insteller, kan de lijn tussen de rechten en bevoegdheden van de insteller, de trustee en de begunstigde dusdanig vaag worden, dat het gevolg is dat in strijd kan worden gehandeld met de fundamentele beginselen van het trustrecht. Dit kan resulteren in misbruik van recht of bevoegdheid, dan wel het in gevaar brengen van de posities van derden die bij de trust zijn betrokken.

Voorts verbaast het mij dat de Curaçaose wetgever een bepaling van internationaal privaatrecht in het materiële trustrecht heeft geïntroduceerd, terwijl deze bepaling uit het HTV woordelijk is overgenomen en deze een geheel ander doel en een andere functie dient dan hetgeen de trustwetgeving in het Curaçaose Burgerlijk Wetboek voor ogen heeft.^{385/386} Aangezien het internationaal privaatrecht en in het bijzonder het internationaal trustrecht geen regels van materieel privaatrecht geeft en het HTV voor een ruime omschrijving kiest, is een wetsbepaling als art. 3:127 lid 3 BWC naar mijn mening voor het Curaçaos materieel recht geen geschikt uitgangspunt. Een concrete wetsbepaling in de Curaçaose trustwetgeving is in mijn ogen juist noodzakelijk teneinde verkeerde interpretaties van de rechtstoepasser te voorkomen.

Ten slotte stipuleert art. 3:127 lid 3 BWC dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft. Deze wetsbepaling is echter een doublure ten opzichte van art. 3:134 lid 3 BWC, waarin is bepaald dat de trustee eveneens als begunstigde kan worden aangewezen, doch niet de enige begunstigde kan zijn. Een dergelijke regeling is derhalve overbodig.³⁸⁷

4.2.2 De overige niet wettelijke trustrechtelijke rechten en bevoegdheden

Naast de eerder beschreven wettelijke rechten en bevoegdheden, is door het flexibele karakter van de Curaçaose trustwetgeving verdedigbaar dat er eveneens sprake kan zijn van rechten en bevoegdheden die enkel bij trustakte kunnen worden gecreëerd. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de insteller de bevoegdheid heeft voorbehouden om begunstigten gedurende

385 Over art. 2 lid 3 HTV waaraan art. 3:127 lid 3 BWC is ontleend zegt de toelichting op het HTV het volgende: "This paragraph [lid] makes it clear that, contrary to the 'traditional image of the trusts, the roles of the different persons involved may be mingled. Indeed, the settlor of the trust does not necessarily disappear completely; he may still retain for himself certain decisions." Zie: A.E. von Overbeck, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention*, HCCH Publications 1985, p. 380.

386 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 1-7.

387 Zie voor de voorgestelde oplossing paragraaf 4.3.15.13.

het bestaan van de trust aan te wijzen.³⁸⁸ Ook in gevallen waarbij de insteller zich rechten en bevoegdheden bij trustakte kan voorbehouden dient ertegen te worden gewaakt dat er niet in strijd met de algemene beginselen van het burgerlijk en het trustrecht, dan wel in strijd met het gesloten stelsel van het Curaçaos goederenrecht wordt gehandeld.

5 AFSLUITEND

In dit hoofdstuk is de Curaçaose trust en de rechtsgevolgen hiervan uitvoerig geanalyseerd. De Curaçaose wetgever heeft anders dan het Anglo-Amerikaanse recht, enkel gekozen om de 'express' trust in het BWC te introduceren.

Geconcludeerd kan worden dat de Curaçaose trust voor wat betreft de rechtsgevolgen en de wijze waarop deze functioneert, overeenkomsten toont met de Anglo-Amerikaanse trust. Er zijn echter ook verschillen vanwege het contrast tussen het 'common law' rechtssysteem en het Curaçaose rechtssysteem dat gestoeld is op het continentale recht. Daarnaast blijkt dat de Curaçaose trustwetgeving een aantal tekortkomingen heeft die tot heden niet zijn herzien door de wetgever. Mede gelet hierop, functioneert de Curaçaose trust thans niet naar behoren met alle negatieve gevolgen van dien.

³⁸⁸ De bevoegdheid tot de aanwijzing van begunstigden is in zekere zin vergelijkbaar met de aanwijzing van een begunstigde van een sommenverzekering ex art. 7:966 BWC.