



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).

4 | De problemen in het Curaçaose trustrecht: tijd voor reparatiewetgeving

1 INLEIDING

Alhoewel Curaçao – als eerste ‘civil law’ land binnen het Koninkrijk – na een voorbereidingsfase van tien jaar de spits heeft afgebeten met een eigen trustwetgeving, staat de Curaçaose trust elf jaar na dato nog altijd in de kinderschoenen. Niet voor niets merkte de Engelse rechtsgeleerde Hayton het volgende op: *“Like an elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognise”*.¹ De uitspraak van Hayton illustreert dat de uiteenzetting van de trust lastig is en dat het inpassingsproces van de van oorsprong Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur complex kan zijn voor het continentale recht. Ondanks de moedige pogingen van de Curaçaose wetgever om de Anglo-Amerikaanse trust zo goed mogelijk te implementeren, zijn er – zoals uit het voorgaande hoofdstuk is gebleken – fundamentele problemen signaleerd die thans een goede werking van de Curaçaose trust belemmeren.

In het licht van het bovenstaande zullen in dit hoofdstuk allereerst in paragraaf 4.2 de standpunten over de Curaçaose trust en de Curaçaose trustwetgeving in de rechtsliteratuur worden bediscussieerd. Vervolgens zullen in paragraaf 4.3 de fundamentele problemen die in hoofdstuk 3 zijn signaleerd, nogmaals kort worden besproken. Ook zal een aantal niet fundamentele problemen dat niet in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen doch wel belangrijk is voor de goede werking van de Curaçaose trust, in paragraaf 4.3 de revue passeren. Voor zowel de fundamentele als de niet fundamentele problemen wordt een aantal oplossingen aangedragen ter verbetering van de werking van de Curaçaose trust.

2 DE DISCUSSIE OVER DE CURAÇAOSE TRUST IN DE RECHTSLITERATUUR

2.1 De wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee

In paragraaf 3.3.3.4 is reeds uiteengezet dat de ‘inter vivos’ trust op twee wijzen in het leven kan worden geroepen, namelijk door een overdracht ten

¹ D.J. Hayton, ‘Trusts’, in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 3.

titel van trust dan wel door middel van een eenzijdige verklaring van trust oftewel de 'declaration of trust'. Ten tijde van de invoering van de trustfiguur in het Curaçaose recht is – door de onduidelijkheid en het dubbelzinnige taalgebruik van de Curaçaose wetgever in de wet en in de memorie van toelichting – in de Curaçaose literatuur een polemiek ontstaan tussen een aantal (lokale) rechtsgeleerden over de uitleg van de wijze van toevertrouwen en verkrijging van de trustgoederen door de trustee en het karakter hiervan. Als gevolg van de discussie die losbrak in onder andere de vaktijdschriften als het CJB en het WPNR zijn er twee kampen ontstaan die uiteenlopende visies hebben omtrent dit onderwerp.

In het onderstaande zullen de argumenten van beide kampen die in de literatuur zijn bediscussieerd worden uiteengezet en besproken.

2.1.1 *De opvattingen van De Boer, Bergervoet, Mansur en Burgers*²

2.1.1.1 *De opvatting van De Boer in het WPNR en op het Seminar Curaçao trust in de praktijk*

In het speciaal uitgegeven nummer van het WPNR over de Curaçaose trust in 2012 heeft De Boer een uiteenzetting gegeven over de Curaçaose trustwetgeving. In de desbetreffende uiteenzetting heeft De Boer zijn standpunt over de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee – indien een 'inter vivos' trust in het leven wordt geroepen – op de volgende wijze toegelicht:

"Het is mogelijk dat de insteller zelf trustee wordt ('declaration of trust'). Hieraan komt geen levering te pas (maar wel een instelling bij notariële akte en registratie van de nieuwe hoedanigheid). Is de trustee niet tevens insteller, dan ligt het voor de hand om aan te nemen dat de voor het trustvermogen bestemde goederen aan de trustee moeten worden overgedragen. De trustregeling bepaalt echter uitdrukkelijk dat een toetredende of opvolgende trustee van rechtswege onder algemene titel verkrijgt.

Een plausibele systematische uitleg kan daarom zijn dat ook de in de (notariële) trustakte vermelde trustee van rechtswege en onder algemene titel het in de trustakte omschreven trustvermogen verkrijgt. (...) Of de trustee rechthebbende wordt door levering of van rechtswege onder algemene titel zou fiscale consequenties kunnen hebben."³

2 Omwille van de lengte worden enkel de argumenten in het WPNR behandeld. Indien de argumenten in het WPNR overeenkomen met hetgeen is geschreven in het CJB wordt er wel naar het CJB verwezen.

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

Zoals uit het bovenstaande blijkt, geschiedt de verkrijging van de trustgoederen door een derde die trustee wordt bij de totstandkoming van de trust volgens De Boer niet alleen via een overdracht, doch is het evenzeer verdedigbaar dat de trustee in dat geval de trustgoederen van rechtswege verkrijgt. Deze zienswijze is niet juist.

Zoals reeds in paragraaf 2.4.5.2 is aangegeven, komt een ‘inter vivos’ trust naar Anglo-Amerikaans recht tot stand door middel van een ‘*transfer in trust*’ ofwel een overdracht in trustverband, indien de trustee een derde is. Het Anglo-Amerikaanse recht kent bij de instelling van de trust géén verkrijging onder algemene titel.⁴ Wanneer de Curaçaose trust in dit specifieke geval conform het Anglo-Amerikaanse recht wordt geïnterpreteerd, dient de totstandkoming van de ‘inter vivos’ trust naar Curaçaos recht – om hetzelfde effect als in het Anglo-Amerikaanse recht binnen het Curaçaose rechtssysteem te bewerkstelligen – te allen tijde door middel van een overdracht ex art. 3:84 BWC te geschieden.⁵ Voorts is thans de heersende leer in de literatuur dat enkel de in art. 3:80 lid 2 BWC genoemde wijzen van verkrijging onder algemene titel zijn toegestaan, hetgeen het gesloten stelsel van het Curaçaose goederenrecht tot uitdrukking brengt.⁶ Gelet op het feit dat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust niet in de voornoemde bepaling voorkomt, is de verkrijging van trustgoederen onder algemene titel thans uitgesloten.⁷ Ten slotte zou de trustee – indien hij krachtens de wet de trustgoederen onder algemene titel zou kunnen verkrijgen – de positie van de insteller als rechthebbende, waarbij zowel de formele beschikkingsmacht als het economisch belang van een goed voorafgaand aan de instelling van de Curaçaose trust in één persoon is verenigd, volledig moeten voortzetten.⁸ Dit zou onder meer impliceren dat de persoonlijke verplichtingen van de insteller ten aanzien van een goed zouden overgaan op de trustee en dat hij tevens het economische belang

4 Zie paragraaf 2.4.10.

5 Zie tevens het nieuwe art. 3:127 lid 4 BWC.

6 Betoogd zou kunnen worden dat, gelet op het feit dat thans krachtens de wet mogelijk is om op privaatrechtelijke wijze te verkrijgen onder algemene titel – men denke hierbij bijvoorbeeld aan art. 4:189 BWC of art. 7:834 lid 1 BWC – zonder dat dit genoemd wordt in art. 3:80 lid 2 BWC, de opsomming in art. 3:80 lid 2 BWC niet limitatief is. Vgl. hiervoor: S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 199a. Vgl. voorts: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 59-60.

7 In dezelfde zin: M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 292-293. Zie ook de opvatting van Bergervoet en Mansur in de navolgende paragraaf.

8 M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 729-730. Zie ook: S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 199-200; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 60; art. 3:116 BWC.

van de goederen zou verkrijgen. Dit geschiedt geenszins bij de instelling van de Curaçaose trust. Vanwege het wezen van de trust en het goederenrechtelijke effect van het trustverband, worden aan de trustee in het kader van het beheer van trustgoederen bijzondere beheersverplichtingen opgelegd en beheersbevoegdheden toegekend, opdat hij kan optreden ten behoeve van (potentiële) begunstigten c.q. ter verwezenlijking van een omschreven doel. Van de verkrijging van een economisch belang of een gebondenheid van de trustee aan de persoonlijke verplichtingen van zijn rechtsvoorganger, de insteller, als gevolg van een rechtsovergang, is derhalve geen sprake.⁹ Op grond van het bovenstaande is bij de instelling van de Curaçaose trust enkel een overdracht ten titel van trust aan de beoogde trustee die een derde is mogelijk en kan de beoogde trustee op geen enkele wijze de trustgoederen van rechtswege en onder algemene titel verkrijgen zoals door De Boer wordt bepleit.

Met betrekking tot de instelling van een 'inter vivos' trust door middel van de 'declaration of trust', ofwel de eenzijdige verklaring van trust, merkt De Boer op dat er geen levering aan te pas komt, *"maar wel een instelling bij notariële akte en registratie van de nieuwe hoedanigheid"*. Ik deel deze opvatting volledig met De Boer, hoewel deze inkleding van de eenzijdige verklaring van trust thans naar Curaçaos recht niet mogelijk is.¹⁰ Een expliciete wettelijke basis die de creatie van het goederenrechtelijke trustverband via een enkele eenzijdige verklaring en daarmee de splitsing van de formele beschikkingsmacht en het (economisch) belang bij een goed naar Curaçaos trustrecht mogelijk maakt, ontbreekt.¹¹

In het licht van het seminar 'Curaçao Trust in de Praktijk' heeft De Boer opnieuw een artikel over de Curaçaose trust geschreven en zijn opvatting daarin lijkt af te wijken van zijn aanvankelijk ingenomen standpunt. Hij licht de verkrijging van de trustgoederen door de trustee als volgt toe:

"Naar een redelijke uitleg van de regeling, mede gelet op wat lijkt te gelden naar Anglo-Amerikaans recht:

- moet het trustvermogen aan de initiële trustee, niet zijnde de insteller, worden overgedragen (met toepassing van de regels in afdeling 2 van titel 4 van Boek 3 BW);
- verkrijgt de insteller die zelf trustee wordt ('declaration of trust') het trustvermogen zonder overdracht (van rechtswege onder algemene titel) in zijn nieuwe hoedanigheid. (sic)"¹²

9 Overigens zou de verkrijging onder algemene titel botsen met het wezen van de trust en hetgeen het trustverband beoogt te bewerkstelligen. Een verkrijging onder bijzondere titel, in casu de overdracht ten titel van trust, zou deze botsing kunnen voorkomen.

10 Zie paragraaf 3.3.3.4.

11 Zie paragraaf 3.3.3.4.

12 J. de Boer, 'Inleiding Curaçaose trust' (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 1.

Ik zou De Boer erop willen wijzen dat wanneer een ‘inter vivos’ trust naar Anglo-Amerikaans recht in het leven wordt geroepen door middel van een ‘declaration of trust’, er in continentale begrippen nimmer sprake kan zijn van een verkrijging onder algemene titel (ook niet onder bijzonder titel). Immers, er vindt geen verschuiving van de trustgoederen plaats tussen de insteller en de trustee als zodanig. De insteller is reeds rechthebbende van de onder trustverband geplaatste goederen en derhalve vindt naar Anglo-Amerikaans goederenrecht geen *eigendomsovergang* plaats.¹³ De insteller geeft enkel in de ‘declaration of trust’ een wijziging van hoedanigheid, zij het dat aan hem krachtens het trustverband beheersverplichtingen worden opgelegd en beheersbevoegdheden worden verleend.

Verder schrijft De Boer:

“Artikel 3:145 lid 1 bepaalt uitdrukkelijk dat een later opvolgende of toetredende trustee het trustvermogen van rechtswege onder algemene titel verkrijgt. Op basis hiervan wordt wel verdedigd dat ook de initiële trustee, niet zijnde de insteller, van rechtswege onder algemene titel verkrijgt. Ik meen echter dat dit nimmer de bedoeling was. Aan deze uitleg staat overigens de rechtszekerheid niet in de weg, want in de notariële trustakte moet het trustvermogen worden omschreven (art. 3:130 lid 3 onder d) en de trustee moet worden vermeld met diens aanvaarding (onder b).

De bestaande onzekerheid is hoogst onwenselijk voor de praktijk. De wetgever zou de knoop moeten doorhakken. Ook moet onder ogen worden gezien of het fiscaal wel wenselijk is dat de ‘declaration of trust’ leidt tot overgang van rechtswege en onder algemene titel. Als iemand zijn in Curaçao gelegen onroerende zaak in een stichting particulier fonds (SPF) onderbrengt, kan dit slechts door overdracht en is overdrachtsbelasting verschuldigd. Is het wenselijk dat een insteller zijn onroerende zaak door een ‘declaration of trust’ in een trust kan onderbrengen zonder deze belasting te hoeven betalen?

De beste oplossing is m.i. dat de wetgever uitdrukkelijk bepaalt dat, afgezien van latere opvolging en toetreding van een trustee, het trustvermogen altijd moet worden overgedragen. Doordat de notaris in de trustakte toch al het trustvermogen moet omschrijven (ar. 3:130 lid 3 onder e), levert overdracht geen praktische problemen op. Deze oplossing kan worden bewerkstelligd door aan art. 3:127 een vierde lid toe te voegen (...)¹⁴

Ik kan me niet vinden in het bovenstaande commentaar over de eenzijdige verklaring van trust en de voorgestelde oplossing van De Boer. Zoals in paragraaf 3.3.3.4 reeds is uiteengezet, is het voor de insteller onmogelijk om de onder trustverband geplaatste goederen aan zichzelf over te dragen, van-

¹³ Zie paragrafen 2.4.5.2 en 2.4.10.

¹⁴ J. de Boer, *Inleiding Curaçaose trust*, (Seminar Curaçao Trust in de praktijk – 28 augustus 2012), p. 2. Voor de bespreking van het vierde lid van art. 3:127 BWC zie paragraaf 3.3.3.3.

wege het feit dat ook naar Curaçaos trustrecht de instelling van de trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust niet leidt tot een *eigendomsovergang*. Een eigendomsovergang in het kader van de instelling van de trust is mijns inziens uitsluitend gericht op de vermogensverschuiving van de insteller naar de trustee, teneinde aan de trustee als nieuwe rechthebbende – die niet dezelfde persoon is als de insteller – de macht over het desbetreffende trustgoed te verschaffen. Met een eigendomsoverdracht wordt in de visie van De Boer getracht een verschuiving van de trustgoederen te bewerkstelligen, terwijl de insteller ingeval van een eenzijdige verklaring van trust reeds de rechthebbende is van deze goederen en hierover al de formele beschikkingsmacht heeft. Hetgeen De Boer in casu lijkt te miskennen is het feit dat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de Curaçaose trust en de rechtshandeling strekkende tot de overdracht van trustgoederen op zichzelf staande rechtshandelingen zijn die bij de instelling van de trust samengaan. Met de eenzijdige verklaring van trust wordt louter de creatie van het goederenrechtelijke trustverband gerealiseerd dat op de aangewezen goederen komt te rusten. Een rechtshandeling strekkende tot overdracht teneinde in casu het trustverband te creëren, is mijns inziens derhalve zinloos en zelfs goederenrechtelijk onmogelijk.

Voorts zou een overdracht aan zichzelf in de notariële praktijk omslachtig zijn. Stel dat een onroerende zaak onder trustverband wordt geplaatst. Indien de oplossing van De Boer in de notariële praktijk wordt gebracht, zal de inschrijving van de leveringsakte in de openbare registers ex art. 3:89 BWC leiden tot administratieve rompslomp en onnodige kosten. De desbetreffende onroerende zaak die in de openbare registers reeds op naam van de insteller staat, wordt door een overdracht ‘aan zichzelf’ opnieuw op naam van de insteller – terwijl hij niet is opgehouden rechthebbende van de goederen te zijn – ingeschreven bij het Kadaster, met nu enkel een aantekening dat de persoon van de insteller in de hoedanigheid van trustee de trustgoederen beheert. Indien er een expliciete wettelijke basis in de Curaçaose trustwetgeving wordt opgenomen voor de eenzijdige verklaring van trust, kan dit probleem eenvoudigweg worden opgelost door na het opmaken van de notariële trustakte slechts de wijziging van de hoedanigheid ingevolge artikel 3:17 lid 1 sub a BWC in de openbare registers in te schrijven.

Ten slotte betoogt De Boer dat het plaatsen van een onroerende zaak onder trustverband door middel van een eenzijdige verklaring van trust in de praktijk onwenselijk is, gezien het feit dat dit niet als een overdracht kan worden aangemerkt en derhalve niet onderworpen is aan de overdrachtsbelasting. Om dit probleem te ondervangen, dient de Curaçaose wetgever mijns inziens een bepaling in de wetgeving omtrent de overdrachtsbelasting op te nemen – een wettelijke fictie – inhoudende dat bij de instelling van een Curaçaose trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust overdrachtsbelasting wordt geheven. Met andere woorden, de instelling van de ‘inter vivos’ trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust is civielrechtelijk niet te beschouwen als

een overdracht, terwijl dat voor de overdrachtsbelasting wel wordt geacht een overdracht te zijn.

2.1.1.2 De opvatting van Bergervoet & Mansur

Naast de uiteenzetting van De Boer over de Curaçaose trust hebben Bergervoet en Mansur in hetzelfde nummer van het WPNR de werking van de Curaçaose trust in de praktijk besproken. In hun bijdrage stellen ze zich op het standpunt dat – ingeval een ‘inter vivos’ trust wordt ingesteld – het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee dient te geschieden door middel van een overdracht en dat de trustee derhalve de trustgoederen verkrijgt onder bijzondere titel. Zij verwoorden hun standpunt als volgt:

“De MvT stelt dat de overdracht van het trustvermogen niet bij de trustakte hoeft te geschieden. Het trustvermogen kan, vooruitlopend op de trustakte, reeds aan de toekomstige trustee in trust zijn geleverd, zowel door een derde als door hemzelf. De MvT gaat er derhalve vanuit dat voor de inbreng van de goederen in het trustvermogen (sic) een overdracht vereist is.”¹⁵

Ten eerste betogen Bergervoet en Mansur ter staving van hun standpunt dat een overdracht van hetgeen onder trustverband wordt geplaatst, binnen het (gesloten) goederenrechtelijke systeem van het Curaçaose goederenrecht past.¹⁶

Met het standpunt en het bovengenoemde argument van Bergervoet en Mansur ben ik het volledig eens, zolang een derde trustee wordt. Indien het Curaçaose recht in overeenstemming met het Anglo-Amerikaanse recht wordt geïnterpreteerd, kan het toevertrouwen van de trustgoederen aan de derde die trustee wordt – zoals in het bovenstaande reeds is aangekaart – enkel geschieden door een overdracht. Deze wijze van toevertrouwen is derhalve niet strijdig met het gesloten systeem van het Curaçaose goederenrecht.

Over de titel waarop de overdracht dient te berusten zeggen zij het volgende:

“De titel voor de overdracht zal meestal schenking zijn, maar zal in principe afhangen van de reden van het instellen van een trust.”¹⁷

Deze uitspraak geeft naar mijn mening blijk van onvoldoende kennis over de totstandkoming van de Curaçaose trust en de kwalificatie van de rechtshan-

15 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 292.

16 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 292. Bergervoet en Frielink noemen tevens dit argument in hun artikel in het CJB. Zie hiervoor: M. Bergervoet & K. Frielink, ‘Reactie op het artikel van notaris Burgers’, *CJB* 2012/2, p. 107-108.

17 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 292-293.

deling strekkende tot de instelling hiervan. Zoals in paragrafen 3.3.3.4 en 3.3.3.5 is aangestipt, ligt de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust ten grondslag aan de overdracht en dient zij als een op zichzelf staande titel te worden beschouwd. De titel van overdracht bij de instelling van de trust naar Curaçaos recht kan derhalve nimmer 'schenking' zijn. De titel van overdracht is evenmin afhankelijk van de reden van het instellen van een trust. Indien de insteller een 'inter vivos' trust tot stand wil brengen, dient hij aan een aantal materiële vereisten voor de totstandkoming te voldoen wil er sprake zijn van een rechtsgeldige trust naar Curaçaos recht.¹⁸ Daarnaast moet er aan het formele vereiste worden voldaan, welke inhoudt dat de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust – waaronder de intentie van de insteller om een trust in het leven te roepen – gegoten moet worden in de vorm van een notariële akte.¹⁹ Gelet op het feit dat de materiële en formele vereisten in één notariële trustakte zijn vervat en de voornoemde intentie – die bepalend is voor de totstandkoming van de Curaçaose trust – een eenzijdige rechtshandeling behelst, impliceert dit dat uitsluitend de notariële trustakte als titel van overdracht fungeert en dat de instelling van de trust naar Curaçaos recht derhalve – anders dan de schenking – niet als een overeenkomst kan worden beschouwd. Dat de insteller en de trustee onderling afspraken maken om een 'inter vivos' trust tot stand te brengen of dat de verwerving van de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies door de begunstigde in bepaalde gevallen kan worden aangemerkt als een gift ex art. 7:186 lid 2 BWC, doet hier in casu niets aan af. Indien de rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust naar Curaçaos recht als een overeenkomst tussen de insteller en de trustee zou worden geclassificeerd, zou de trustee bij een schending van zijn trustrechtelijke verplichtingen wanprestatie plegen jegens de insteller. Dientengevolge zou de insteller als zodanig een aantal rechten die de (potentiële) begunstigde heeft krachtens het trustrecht, kunnen uitoefenen op grond van een contractuele schending door de trustee, terwijl na de totstandkoming van de trust deze rechten uitsluitend door de (potentiële) begunstigde kunnen worden uitgeoefend. Bij de instelling van de trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust, oftewel een 'declaration of trust' zou dit betekenen dat de insteller de rechten die aan de (potentiële) begunstigden toekomen, jegens zichzelf zou moeten uitoefenen, hetgeen de facto ongewenst en praktisch onmogelijk is. Dit alles is in strijd met het wezen en de werking van de trust.²⁰

18 Zie paragraaf 3.3.3.1.

19 Zie paragraaf 3.3.4.

20 M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 21-35; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 38; P. Matthews e.a., *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2022, p. 18-23. Zie ook: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 143-145.

Wordt een derde trustee, dan is er enkel in de overdrachtsfase sprake van een goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht als onderdeel van de levering, gezien het feit dat de medewerking van de beoogde trustee als verkrijger in deze fase noodzakelijk is.²¹ De overdracht ten titel van trust naar Curaçaos recht behelst aldus – in tegenstelling tot het Anglo-Amerikaanse recht – een meerzijdige rechtshandeling.²²

Ten tweede bekritisieren Bergervoet en Mansur de redenering van De Boer dat naar een plausibele systematische uitleg de in de notariële trustakte vermelde trustee in plaats van een overdracht “het in de trustakte omschreven trustvermogen” van rechtswege en onder algemene titel kan verkrijgen.²³ Zij beargumenteren dat de opsomming in artikel 3:80 lid 2 BWC, die bepaalt in welke gevallen men goederen onder algemene titel kan verkrijgen, limitatief is bedoeld.²⁴

Voor wat betreft de opvolging en de toetreding van de trustee die ingevolge artikel 3:80 BWC onder algemene titel plaatsvindt, merken zij het volgende op:²⁵

“Met de invoering van de Landsverordening Trust is [artikel 3:80 BWC] alleen zodanig gewijzigd dat enkel is toegevoegd: “alsmede door opvolging of toetreding als trustee”.

Toetreding wijst er naar onze mening op dat er al een andere trustee in functie is. De wet heeft het bij de eerste keer in functietreden van de trustee namelijk over benoemen. Bij een opvolging of toetreding als trustee lijkt het ook logisch dat de wetgever er voor heeft gekozen om dit onder algemene titel te laten geschieden. Er is dan immers sprake van een rechtsopvolging in het afgescheiden trustvermogen. Dit in tegenstelling tot inbreng van goederen onder trustverband.”²⁶

Vervolgens betogen zij dat:

21 Zie voor de behandeling van de goederenrechtelijke overeenkomst: S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 223-224; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 126-133; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 115; H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties*, Bju 2019, p. 130-135.

22 Zie ook paragraaf 3.3.3.4.

23 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 293.

24 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 293.

25 Bergervoet en Frielink redeneren eveneens op deze wijze in hun CJB artikel. Zie hiervoor: M. Bergervoet & K. Frielink, ‘Reactie op het artikel van notaris Burgers’, *CJB* 2012/2, p. 108-109.

26 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 293.

“De insteller kan er voor kiezen om een bepaald goed onder trustverband te brengen en van een rechtsopvolging in een geheel of een gedeelte van het vermogen van de insteller is derhalve geen sprake.

Bovendien wordt een overgang onder algemene titel gekenmerkt door één moment van overgang. De overdracht van het trustvermogen kan op verschillende momenten plaatsvinden en zal niet noodzakelijkerwijs bij het instellen van de trust behoeven te geschieden.”²⁷

Over de inkleding van de eenzijdige verklaring van trust naar Curaçaos recht argumenteren Bergervoet en Mansur het volgende:

“De insteller verklaart zichzelf trustee ten behoeve van bepaalde begunstigten zonder dat er sprake is van overdracht van de trustgoederen. Het is echter de vraag of dit ook opgaat onder het recht van Curaçao. De juridische eigendom gaat immers over naar een ander vermogen, namelijk van het privévermogen van de trustee naar het vermogen van de trustee in die hoedanigheid. In dit verband zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de inbreng van goederen in het vermogen van een personenvennootschap (in Curaçao) of vennootschap onder firma (in Nederland). Wil een goed in goederenrechtelijke zin tot dat vermogen gaan behoren dan moet er aan de leveringsvereisten voldaan zijn.”²⁸

De voornoemde opvatting van de auteurs over de inkleding van de eenzijdige verklaring van trust deel ik niet. Zoals ik eerder reeds heb aangegeven, is het voor de insteller noch naar Anglo-Amerikaans recht noch naar Curaçaos recht mogelijk om de onder trustverband geplaatste goederen aan zichzelf over te dragen.²⁹ Dit betekent dat de voor de overdracht vereiste levering – die een verschuiving van de goederen van de insteller naar de trustee bewerkstelligt – evenmin kan geschieden. Door het plaatsen van de goederen onder trustverband door middel van een eenzijdige verklaring van trust behoudt de insteller zowel zijn eigendomspositie als de formele beschikkingsmacht over de goederen die hij reeds vóór de totstandkoming van de trust had. Derhalve is er géén sprake van een ‘verhuizing van de juridische eigendom van het privévermogen van de trustee naar het vermogen van de trustee in die hoedanigheid’.

Voorts is de zienswijze van beide auteurs omtrent de mogelijkheid om trustgoederen op verschillende momenten toe te vertrouwen aan de (beoogde) trustee voorafgaand aan de instelling van de trust, naar mijn mening onjuist. Reeds in paragraaf 3.3.3.3 is betoogd dat de rechtsgevolgen die aan de instelling van de Curaçaose trust zijn verbonden, pas intreden op het moment dat de rechtshandelingen tot de instelling van de trust en strekkende tot de overdracht van de beoogde trustgoederen op hetzelfde tijdstip worden verricht

27 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 293.

28 M. Bergervoet & D.S. Mansur, ‘De Curaçaose Trust in de praktijk’, *WPNR* 2012/6926, p. 293.

29 Zie paragrafen 2.4.4.2 en 3.3.3.3.

en het trustverband ten gevolge hiervan op de aangewezen goederen komt te rusten. Dientengevolge kan de overdracht tussen de persoon die voornemens is een Curaçaose trust in te stellen en de beoogde trustee vóór de instelling van de trust niet aangemerkt worden als een overdracht ten titel van trust en kan nimmer gesproken worden van ‘trustgoederen’.

Ten derde vergelijken Bergervoet en Mansur de wijze van toevertrouwen in het Curaçaose trustrecht met de inbreng van goederen in een personenvennootschap. Deze vergelijking is mijns inziens geheel misplaatst. Bij een personenvennootschap wordt het *afgescheiden vermogen* van de personenvennootschap gevormd door middel van “*levering van het betrokken goed aan de vennoten die gerechtigd zijn of zullen zijn tot de vennootschappelijke gemeenschap*”.³⁰ Als gevolg hiervan vindt er tussen de vennoten op grond van een daartoe strekkende *overeenkomst* – in tegenstelling tot het toevertrouwen krachtens een eenzijdige verklaring van trust – wel een wijziging plaats van de onderlinge gerechtigdheid tot de ingebrachte goederen.³¹ De vennoot die de juridische eigendom van een goed inbrengt hoeft hierbij – anders dan Bergervoet en Mansur doen geloven – niet opnieuw aan zichzelf te leveren.³² Daarnaast lijken zij – evenals De Boer – voorbij te zijn gegaan aan het gegeven dat het afgescheiden geheel van trustgoederen en de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde ontstaat als gevolg van het feit dat het trustverband dat op de aangewezen goederen is komen te rusten, goederenrechtelijke werking heeft. De levering van de aangewezen goederen aan de trustee als uitvoeringshandeling is slechts onderdeel van één van de twee beschikkingshandelingen³³ die moeten worden verricht – de overdracht ten titel van trust – teneinde de totstandkoming van de trust en daarmee de creatie van het trustverband te realiseren. Dit impliceert echter niet dat de levering *an sich* de oorzaak is van de goederenrechtelijke werking van het trustverband en daarmee de oplegging van beheersverplichtingen, de toekenning van

30 M.J.A. van Mourik, ‘Inbreng’, in: G. van Solinge e.a., *Personenvennootschappen* (Preadvies Vereniging Handelsrecht 2003), Deventer: Kluwer 2003, p. 140. Vgl. ook: M. van Olffen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2022, nrs. 36, 149-197.

31 M.J.A. van Mourik, ‘Inbreng’, in: G. van Solinge e.a., *Personenvennootschappen* (Preadvies Vereniging Handelsrecht 2003), Deventer: Kluwer 2003, p. 140; N.E.D. Faber, ‘Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen’, in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 198. Zie ook commentaar van Burgers onder c.

32 Vgl. P.P.D. Mathey-Bal, *De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 97)(diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2016, par. 3.3.4.1.

33 Het betreft de volgende twee beschikkingshandelingen:

(1) De rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust; en

(2) De rechtshandeling strekkende tot de overdracht van de aangewezen goederen aan de (beoogde) trustee.

beheersbevoegdheden en het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de begunstigde. Ten slotte bestaat het afgescheiden vermogen van een personenvennootschap uit goederen en de daaraan verbonden schulden die voorafgaand aan de inbreng reeds bestonden. Dit is niet het geval voor de goederen die onder trustverband worden geplaatst, gelet op het feit dat de daaraan verbonden schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestaan, niet onder trustverband kunnen worden geplaatst.

2.1.1.3 De reactie van Burgers op het standpunt van Bergervoet & Mansur

Als reactie op de gepubliceerde bijdrage van Bergervoet en Mansur is er een artikel van Burgers verschenen in het WPNR van 26 mei 2012. Burgers laat zich kritisch uit over het artikel van Bergervoet en Mansur en beweert dat beide schrijvers zijns inziens een verkeerd beeld van de trust hebben.³⁴ Met betrekking tot de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee verwoordt hij zijn standpunt³⁵ als volgt:

“Men kan zich afvragen of de trustee wel eigenaar wordt van het trustvermogen. De wetgever noemt hem in art. 3:127 BWC “rechthebbende”.

Hoe wordt die eigenschap van het afgescheiden zijn van het vermogen bereikt? Men dient het instellen van een trust m.i. te zien als een plaatsen van een glazen stolp over het trustvermogen en het aanbrengen van een etiket op die stolp, dat zegt dat de trustee de zeggenschap over dat vermogen heeft. Wanneer men deze beeldspraak voor ogen houdt, zijn de memorie van toelichting en de wetsartikelen “in lijn” met elkaar en komt men tot de conclusie dat er geen sprake is van een levering aan de trustee, doch van een verkrijging door de trustee onder algemene titel met daaraan verbonden de kwaliteit (of zo men wil: de last) van het zijn van trustee, dat blijkens de MVT bij art. 3:136 BWC “niet een gerechtigdheid ten eigen bate, doch ten bate van een of meer anderen” impliceert.”³⁶

De metafoor van ‘de trust als een glazen stolp’ die Burgers in het eerste gedeelte van zijn stelling gebruikt om het trustverband dat op de goederen rust weer te geven, is mijns inziens een goede illustratie van de wijze waarop de goederen onder trustverband worden geplaatst. Hij probeert de werking van het trustverband in de vorm van een metafoor onder woorden te brengen. Voor wat betreft het tweede gedeelte van zijn stelling lijkt Burgers de visie van De Boer dat een verkrijging van rechtswege en derhalve onder algemene titel

34 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, WPNR 2012/6932, p. 409.

35 Voor een bredere uiteenzetting van Burgers’ standpunt zie H.Th.M. Burgers, ‘Welkom Trust!’, CJB 2012/2, p. 95-96.

36 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, WPNR 2012/6932, p. 409.

mogelijk is te delen, doch beschouwt hij – indien de metafoor op een wetssystematische en taalkundige wijze wordt geïnterpreteerd – het toevertrouwen van de trustgoederen als een handeling van eigen aard ongeacht wie trustee wordt. Tegen dat laatste deel heb ik bezwaren.

Op het eerste gezicht lijkt de wijze waarop Burgers de verkrijging van de trustgoederen door de trustee interpreteert plausibel. Echter, bij nader inzien is deze redenering een klassiek voorbeeld van een veelgemaakte fout van de continentale jurist die conform het continentale recht een wetssystematische c.q. taalkundige interpretatie tracht te geven aan de op het Anglo-Amerikaanse recht gebaseerde trustfiguur. Evenals in het Anglo-Amerikaanse recht, heeft de trustee naar Curaçaos recht als gevolg van een overdracht ten titel van trust dan wel door middel van een eenzijdige verklaring van trust de *volle* eigendom van de goederen die onder trustverband zijn geplaatst. Dat de trustee als zodanig optreedt, doet hieraan niet af. Dit impliceert aldus dat, ongeacht het feit of de insteller of een derde trustee wordt, er nimmer sprake kan zijn van een verkrijging van de trustgoederen onder algemene titel met een daaraan verbonden kwaliteit.³⁷ De rol van de trustee of de ‘verbonden kwaliteit’ of ‘last’ zoals Burgers het noemt, komt tot uitdrukking in het trustverband dat de trustrechtelijke rechtsbetrekking die ontstaat tussen de trustee en de begunstigde, vormgeeft.

Om zijn standpunt te ondersteunen wijst Burgers primair op het feit dat de Curaçaose wetgever met het begrip ‘in de macht brengen’ niet een levering of overdracht heeft beoogd.³⁸ Hij argumenteert:

“De MvT bij art. 3:127 BWC legt uit dat definitie en kenmerken van de trust bijna letterlijk gelijk zijn aan de tekst van art. 2 van het Haagse Trustverdrag.

De wetgever koos met opzet voor het in de macht brengen van het trustvermogen. Iedere levering beoogt in beginsel een ‘in de macht brengen’ van een goed, maar dit wil niet zeggen dat elke vorm van een ‘in de macht brengen’ een levering is. Dat de wetgever geen levering of overdracht beoogde, moge ook blijken uit het woord “gemakshalve”. Waar dus elders in de MvT het woord “overdracht” wordt gebruikt, dient men daaronder te verstaan het “in de macht brengen”.

In de toelichting op art. 3:130 BWC staat “De overdracht van het trustvermogen hoeft niet bij de trustakte te geschieden.”. Ook hier dient men te lezen “het in de macht brengen” in plaats van “overdracht”.

Men vergelijk de situatie dat iemand een vermogen heeft geërfd. Door de vererving is de erfgenaam onder algemene titel eigenaar geworden van de nalatenschap. De goederen behorende tot die nalatenschap kunnen zich in andere handen

³⁷ Zie ook mijn standpunt op dit punt bij de visie van De Boer.

³⁸ H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, WPNR 2012/6932, p. 410.

bevinden (bv. de auto die in reparatie is bij de dealer). Deze goederen worden dan niet juridisch overgedragen (geleverd) aan de erfgenaam (hij is immers al “van rechtswege” eigenaar geworden onder algemene titel), doch zij worden in zijn macht gebracht (feitelijk overgedragen).³⁹

Voor wat betreft het bovenvermelde argument en de vergelijking van Burgers verwijs ik kortheidshalve naar paragraaf 3.3.3.3 waarin de wijzen van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee en de wijze van interpretatie van het begrip ‘in de macht brengen’ zijn uiteengezet.

Met betrekking tot de titel van de overdracht en de term ‘overdracht’ laat Burgers weten zich niet te kunnen vinden in het gebruik van de term ‘overdracht’ en de bewering van Bergervoet en Mansur dat de titel van overdracht “meestal een schenking” is.⁴⁰ Hij schrijft:

“De verkrijging door de trustee als zodanig van het trustvermogen is nooit een schenking. Het is een verkrijging, waarvoor aan het trusteeschap een last is verbonden tot beheer en later afgifte van het trust-vermogen aan de begunstigde. De insteller van de trust heeft niet de bedoeling de trustee als zodanig te bevoordelen. Het trusteeschap is “niet een gerechtigdheid ten eigen bate, doch ten bate van een of meer anderen” (MvT bij art. 3:136 BWC).

De trustee verkrijgt niet het meest volledige recht over het trustvermogen (eigendom), doch een recht dat beperkt is in zijn kwaliteit als trustee. Het is een verschaffen van de macht, zonder de bedoeling de trustee volledig en onbeperkt eigenaar te maken. Dit is principieel zo afwijkend van andere rechtstitels (koop, ruil, schenking, vererving, legaat e.d.) dat men m.i. van een titel sui generis kan spreken.”⁴¹

Hoewel Burgers terecht opmerkt dat de verkrijging door de trustee nimmer krachtens de titel ‘schenking’ kan geschieden, miskent hij – zoals ik reeds bij de bespreking van zijn stelling heb aangegeven – het feit dat de trustee in het Curaçaose trustrecht de volle eigendom van de trustgoederen heeft en ook moet hebben. Ten gevolge van de trustrechtelijke verplichtingen die op de trustee rusten vanwege het goederenrechtelijke trustverband dat ontstaat op het tijdstip van de totstandkoming van de trust, krijgen de bevoegdheden van de trustee ten aanzien van de trustgoederen – waaronder zijn beschikkingsbevoegdheid – een andere dimensie.

Ten derde voert hij als argument⁴² aan dat:

39 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, WPNR 2012/6932, p. 410.

40 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, WPNR 2012/6932, p. 410.

41 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, WPNR 2012/6932, p. 410.

42 Burgers herhaalt dit argument in het CJB. Zie in dit kader: H.Th.M. Burgers, ‘Welkom Trust!’, CJB 2012/2, p. 96.

“De trustwetgever heeft ook bedoeld dat een geheel of een gedeelte van een vermogen wordt verkregen door de trustee. Niet voor niets wordt steeds het woord “trustvermogen” gebruikt in plaats van “goederen”. Men vergelijkte bovendien art. 3:136 lid 2 sub c BWC, waaruit impliciet blijkt dat het trustvermogen kan bestaan uit een aandeel in een onderneming of een aandeel in een vennootschap (terzijde: waarmee i.c. een personenvennootschap is bedoeld). Een onderneming omvat bezittingen, schulden, langlopende en kortlopende verplichtingen en zij gaan bij het instellen van een trust over die onderneming allemaal over in trust.”⁴³

In paragraaf 3.3.5.3 is reeds opgemerkt dat het gebruik van de benaming ‘trustvermogen’ verwarrend is en ten onrechte de schijn doet ontstaan dat naast goederen tevens schulden onder trustverband kunnen worden geplaatst, terwijl dit laatste niet mogelijk is. Dit betekent dan ook dat in het geval van een onderneming uitsluitend de ondernemingsactiva onder trustverband kunnen worden geplaatst. De schulden die voorafgaand aan de instelling van de trust bestonden, blijven in beginsel deel uitmaken van het vermogen van de insteller en gaan niet behoren tot het trustfonds. Het bovengenoemde argument toont derhalve aan waarom de term ‘trustvermogen’ juist dient te worden vermeden.

Ten vierde reageert Burgers op het argument van Bergervoet en Mansur dat de opsomming van art. 3:80 BWC limitatief bedoeld is op de volgende wijze:

“Het moge zo zijn, dat aanvankelijk bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht de opsomming de wijzen van verkrijging onder algemene titel in art. 3:80 lid 2 BWC (gelijkluidend aan hetzelfde Nederlandse artikel) limitatief was bedoeld, maar met de wijzigingen, die met ingang van 1 januari 2012 in het Curaçaose BW van kracht zijn geworden, is dit principe kennelijk verlaten: men vergelijkte art. 7:835 lid 1 BWC, dat bepaalt dat door de omzetting van een personenvennootschap (niet zijnde een rechtspersoon!) haar vermogen onder algemene titel overgaat op de nieuwe rechtspersoon. (sic)”^{44/45}

Burgers lijkt in eerste instantie met zijn argument te overtuigen. Het argument dat de in art. 3:80 lid 2 BWC genoemde opsomming niet limitatief is indien een rechtsverkrijging onder algemene titel op privaatrechtelijke wijze overeenkomstig de wet wel mogelijk is doch niet in de voornoemde bepaling is opgenomen, is zeker verdedigbaar.⁴⁶ Burgers verzuimt echter het feit dat

43 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, *WPNR* 2012/6932, p. 410.

44 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, *WPNR* 2012/6932, p. 411.

45 In dit kader heeft Burgers wellicht abusievelijk naar de verkeerde wetsbepaling verwezen. Hetgeen waarnaar hij bedoelt te verwijzen is art. 7:834 lid 1 BWC. Het artikel bepaalt: “Door de omzetting wordt de vennootschap ontbonden. Het vermogen van de ontbonden vennootschap gaat onder algemene titel over op de nieuwe rechtspersoon. Vereffening vindt niet plaats.”

46 Zie in dit kader voetnoot 6 en de literatuur waarnaar aldaar wordt verwezen.

– anders dan bij de omzetting van een personenvennootschap in een NV of BV – in de Curaçaose trustwet nergens een wetsbepaling voorkomt die de rechtsverkrijging onder algemene titel door de trustee toestaat.⁴⁷ Derhalve is hetgeen hij betoogt, in casu niet steekhoudend.

Over de opvolging en toetreding van de trustee onder algemene titel ex art. 3:80 BWC betoogt Burgers⁴⁸:

“Volgens de auteurs wijst een “toetreding” erop dat er al een andere trustee in functie is en zij motiveren dit met het feit dat de wet bij de eerste keer in functie treden van de trustee spreekt van een “benoemen”. Echter een trustee zal altijd benoemd worden, niet alleen de eerste keer, maar ook later.

Benoeming is het deel van de rechtshandeling aan de zijde van de insteller (art. 3:130 lid 3 sub b BWC) of rechter (art. 3:144 lid 7 BWC) of trustee (o.gr.v. art. 3:131 lid 3 sub c BWC) die zijn opvolger benoemt. De trustee van zijn kant moet het trusteeschap aanvaarden. Door die aanvaarding treedt de trustee toe en zonder aanvaarding is er geen trustee en bij het begin van de trust, zelfs geen trust.

De woorden “opvolging of toetreding” (art. 3:145 lid 1 “opvolgende of toetredende trustee”) zijn niet identiek. De toetreding geldt ook voor de eerste trustee, en hij verkrijgt dus krachtens de toevoeging aan art. 80 lid 2 BWC onder algemene titel het trust-vermogen, gelijk zijn opvolger.”⁴⁹

Met betrekking tot het bovenvermelde argument over de opvolging en de toetreding van de trustee ingevolge art. 3:80 BWC wil ik verwijzen naar het feit dat de instelling van de ‘inter vivos’ trust en de opvolging c.q. toetreding van de trustee zowel naar Anglo-Amerikaans recht als naar Curaçaos recht compleet uiteenlopende rechtshandelingen zijn die om diverse redenen op verschillende tijdstippen worden verricht. In het eerste geval plaatst de insteller – die na de totstandkoming van de trust behoudens specifieke uitzonderingen niet meer als zodanig betrokken is bij de trust – enkel een aantal goederen onder trustverband die de aangewezen trustee na de verkrijging moet gaan beheren. In het tweede geval vindt het beheer reeds plaats en gaan als gevolg van de vervanging van een bestaande trustee of uitbreiding van de groep der trustees de trustgoederen en de schulden die in het kader van de functie-uitoefening van de trustee zijn gemaakt over op de nieuwe trustee(s). Aangezien deze rechtshandelingen niet met elkaar samenhangen kan de wijze van verkrijging derhalve niet van elkaar worden afgeleid. Bovendien is een taalkun-

47 Met de wetwijziging in 2020 waarin een vierde lid aan art. 3:127 BWC is toegevoegd, heeft de Curaçaose wetgever getracht duidelijkheid te scheppen. Zie in dit kader paragraaf 3.3.3.4.

48 Burgers herhaalt dit argument in het CJB. Zie: H.Th.M. Burgers, ‘Welkom Trust!’, *CJB* 2012/2, p. 96.

49 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, *WPNR* 2012/6932, p. 411.

dige benadering in casu niet op zijn plaats, omdat de Curaçaose trust conform het Anglo-Amerikaanse recht dient te worden uitgelegd, voor zover het laatstgenoemde recht niet in strijd is met het Curaçaose rechtssysteem.⁵⁰

Voorts hekelt Burgers het feit dat Bergervoet en Mansur menen dat de trustgoederen – die bij de instelling van de ‘inter vivos’ trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust aan de trustee worden toevertrouwd – verhuizen en derhalve overgaan naar een ander vermogen. Hij merkt het volgende op:

“Naar mijn mening bereik je met een levering aan je zelf geen verschuiving van het vermogen. Wel kun je jezelf het etiket van trustee opplakken en daarmee bereik je dat de stolp over het trustvermogen wordt geplaatst. Vergelijk een overdracht van een gemeenschapsgoed door de echtgenoot aan zijn echtgenote: zij blijven elk voor de onverdeelde helft eigenaar, doch de beschikking (het bestuur) wordt na de “overdracht” uitgeoefend door de verkrijgende (sic) echtgenote.

Even verderop schrijven zij “In dit verband zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de inbreng van goederen in het vermogen van een personenvennootschap (in Curaçao) of een vennootschap onder firma (in Nederland). Wil een goed in goederenrechtelijke zin tot dat vermogen gaan behoren, dan moet er aan de leveringsvereisten voldaan zijn.”.

Bij een inbreng in een personenvennootschap of v.o.f. is er inderdaad sprake van een levering van goederen (voor iedere soort goederen op de voor die soort goederen bepaalde wijze!) aan de vennootschap, omdat de eigendomsverhoudingen wijzigen (anderen -de vennoten- worden medeëigenaar). Wanneer de insteller zichzelf tot eerste trustee benoemt, verandert de eigendomsverhouding niet en is er dus geen levering vereist.”⁵¹

Ondanks het feit dat Burgers goede kanttekeningen plaatst bij de argumenten van Bergervoet en Mansur, kan ik me niet in zijn vergelijking vinden. De bovenstaande vergelijking is verwarrend en moeilijk te vatten. Indien Burgers met zijn vergelijking op de boedelmenging doelt, spreekt hij zichzelf tegen door de instelling van de trust middels een eenzijdige verklaring van trust met de boedelmenging bij een huwelijksgoederengemeenschap te vergelijken. In tegenstelling tot de instelling van de trust via een eenzijdige verklaring van trust, vindt er bij de boedelmenging wel een vermogensverschuiving tussen de echtgenoten plaats. Heeft Burgers echter de wijziging van de bestuursbevoegdheid tussen echtgenoten op het oog, dan kan dit evenmin met de wijziging van hoedanigheid in geval van een eenzijdige verklaring van trust

50 Zie bijvoorbeeld MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 2, waar de Curaçaose wetgever naar het Anglo-Amerikaanse recht verwijst bij de bespreking van de trustwetgeving.

51 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, *WPNR* 2012/6932, p. 411.

worden vergeleken. Het feit dat een echtgenoot na de wijziging van de bestuursbevoegdheid bestuurshandelingen ten aanzien van gemeenschapsgoederen mag uitoefenen waartoe eerst de andere echtgenoot bevoegd was, betekent niet dat deze bestuursbevoegdheden door dezelfde persoon in een andere kwaliteit worden uitgeoefend. Wanneer de trust wordt ingesteld door middel van een eenzijdige verklaring van trust, beheert de insteller – die rechthebbende is én blijft van de goederen die onder trustverband zijn geplaatst – vanaf het moment van het afleggen van de verklaring het trustfonds in de hoedanigheid van trustee. Gelet op het eerdergenoemde is de vergelijking van Burgers mijns inziens dan ook niet een juiste.

Als laatste voert Burgers als argument aan:

“De wetgever heeft in art. 3:160 BWC expliciet bepaald, dat de trustee bij het einde van de trust “alle tot het trustvermogen behorende goederen, overeenkomstig de voor elk van die goederen geldende regelen, over (draagt) aan degene, die daartoe in de trustakte is aangewezen...”. Hier wordt het woord overdracht juist niet vermeden (vgl. hiervoor onder 1).

Bij de instelling van de trust gebruikt de wetgever deze formulering niet. Dit is consistent met de toevoeging aan art. 3:80 lid 2 BWC over de opvolging en toetreding als trustee.

Zou de wetgever zijn uitgegaan van het vereiste van een levering van het trustvermogen aan de trustee, dan zou de wetgever dezelfde formulering gebruikt hebben als in art. 3:160 BWC dan wel de toevoeging “toetreding” aan art. 3:80 lid 2 BWC hebben moeten weglaten.”⁵²

Ook in dit geval verwijs ik naar zowel paragraaf 3.3.3.3 voor de uiteenzetting inzake de term ‘overdracht’, alsook naar het eerdere commentaar op het argument van Burgers betreffende de opvolging en toetreding van de trustee onder algemene titel ex art. 3:80 BWC.

Tot slot komt Burgers tot de conclusie dat de Curaçaose wetgever zich niet heeft vergist en dat De Boer eveneens zijn mening over de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee deelt.⁵³

2.1.1.4 *Naschrift van Bergervoet & Mansur*

Na de reactie van Burgers hebben Bergervoet en Mansur de discussie levendig gehouden door een naschrift in het WPNR te publiceren, waarin zij kritiek uiten op het ingenomen standpunt van Burgers en zijn daarbij behorende argumen-

52 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, *WPNR* 2012/6932, p. 411.

53 H.Th.M. Burgers, ‘Reactie op “De Curaçaose trust in de praktijk” van mw. mr. M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur in WPNR (2012) 6926’, *WPNR* 2012/6932, p. 411-412.

ten. In dit naschrift herhalen zij grotendeels opnieuw hun eerder uiteengezette argumenten en gaan op bepaalde punten dieper in op de argumentatie van Burgers.

Over de kritiek van Burgers op hun standpunt stellen Bergervoet en Mansur:⁵⁴

“Burgers baseert zijn stelling op een passage uit de memorie van toelichting bij art. 3:127 BWC waaruit volgens hem blijkt dat de wetgever met opzet koos voor het in de macht brengen van het trustvermogen. Kennelijk heeft de heer Burgers de nota van wijziging met toelichting van enkele jaren later over het hoofd gezien. In de toelichting bij de wijziging van art. 3:127 BWC staat letterlijk het volgende:

“Voorts is de verwarrende terminologie “onder de macht brengen” (ontleend aan het verdrag) hier en elders in het ontwerp vermeden. De trustee is of wordt “recht-hebbende op” de goederen c.q. “verkrijgt” de goederen.”

De trustee wordt rechthebbende op het trustvermogen. ‘Rechthebbende’ is een juridische aanduiding om het meest volledige recht op een goed aan te geven. Als het om een zaak gaat spreken we meestal van een eigenaar en niet van rechthebbende. Beperkte rechten, immateriële rechten, zoals octrooien en vorderingsrechten zijn geen zaken en men kan degene die daarop het meest volledige recht heeft geen eigenaar noemen. Men noemt hen rechthebbende. Men zegt ook wel dat het goed aan die persoon toebehoort. (...) Art. 3:127 lid 2 sub b BWC bepaalt dat de trustee rechthebbende is op het trustvermogen. Het feit dat aan het zijn van rechthebbende rechten en verplichtingen zijn verbonden, doet daar niet aan af.

Hoe wordt de trustee rechthebbende van het trust-vermogen? De Landsverordening Trust is geplaatst in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Titel 4, dat gaat over de verkrijging en verlies van goederen, gaat daaraan vooraf. Lid 1 van art. 80 van Boek 3 BW bepaalt dat je goederen kan verkrijgen onder algemene titel of onder bijzondere titel. Hiermee is het gesloten systeem van verkrijging van goederen tot uitdrukking gebracht. Er kan dus geen nieuwe wijze van verkrijging van goederen in het leven worden geroepen. In het systeem van de wet is iedere verkrijging van een goed die niet onder algemene titel plaatsvindt, een verkrijging onder bijzondere titel.”⁵⁵

Ik begrijp de verwijzing van Bergervoet en Mansur naar de nota van wijziging niet. De woorden ‘rechthebbende’ en ‘verkrijgt’ zeggen niets over de wijze waarop het toevertrouwen dient te geschieden. Met de toelichting in de nota van wijziging heeft de Curaçaose wetgever tot 2020 niet aangegeven op welke wijze de trustee rechthebbende van de trustgoederen wordt.⁵⁶

54 Bergervoet en Frielink handhaven dit standpunt in het CJB. Zie hiervoor: M. Bergervoet & K. Frielink, ‘Reactie op het artikel van notaris Burgers’, *CJB* 2012/2, p. 106-108.

55 M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur, ‘Naschrift’, *WPNR* 2012/6932, p. 412.

56 Dit was het geval voor de introductie van het vierde lid in art. 4:127 BWC

Met betrekking tot de opvolging en de toetreding van de trustee die ingevolge art. 3:80 BWC onder algemene titel plaatsvindt herhalen Bergervoet en Mansur het eerder besproken argument en voegen ze toe:

“Aangezien nergens in de Landsverordening Trust met zoveel woorden staat bepaald dat het trustvermogen bij het instellen van de trust onder algemene titel overgaat op de trustee en ook art. 80 van Boek 3 niet in die zin is aangepast, blijft er naar ons idee geen andere mogelijkheid over dan te concluderen dat de trustee de goederen die gaan behoren tot het trustvermogen verkrijgt onder bijzondere titel en wel door overdracht.”⁵⁷

Ten slotte betogen Bergervoet en Mansur het volgende over de mening van Burgers dat de Curaçaose wetgever zich niet heeft vergist in de trustwetgeving:

“Met de stelling van Burgers dat de wetgever zich niet vergist heeft zijn wij het helemaal eens, met de uitleg die hij daaraan geeft niet. De Anglo-Amerikaanse trust is ingevoerd in het Curaçaose Burgerlijk Wetboek voor de internationale financiële sector en niet voor de lokale praktijk. De reden dat de wijze waarop de trustee de trustgoederen verkrijgt niet is opgenomen in de Landsverordening Trust is gelegen in het feit dat de eigendomsoverdracht van goederen aan de trustee een ander verhaal is dan het instellen van de trust. Naar Anglo-Amerikaans recht staat de vraag van de overdracht van de aanstaande trustgoederen door de insteller aan de trustee namelijk ook los van het trustrecht. Een dergelijke overdracht moet voldoen aan de vereisten die aan iedere overdracht worden gesteld. Het recht dat toepasselijk is op de trust, in ons geval het recht van Curaçao, bepaalt immers over het algemeen niet of een goed dat in het buitenland is gelegen rechtsgeldig is verkregen door de trustee. Dit zie je ook terug in het Haagse Trustverdrag waarop onze wetgeving is gebaseerd.”⁵⁸

Het bovenstaande argument van Bergervoet en Mansur getuigt mijns inziens wederom van onvoldoende bekendheid met de Curaçaose trustconstructie. De toelichting in paragraaf 3.3.3.4 laat zien dat het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee onderdeel is van de totstandkoming van de Curaçaose trust. In het Curaçaose recht is er evenals in het Anglo-Amerikaanse recht pas sprake van een rechtsgeldige instelling van een trust, indien aan de materiële en formele vereisten wordt voldaan en de trustgoederen op de juiste wijze aan de trustee zijn toevertrouwd. De Curaçaose wetgever had tot 2020 de wijze waarop het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee diende plaats te vinden – zodat een rechtsgeldige trust tot stand kan komen – niet in het trustrecht opgenomen. Dat betekende dat – als gevolg van dit gebrek in de trustwetgeving – de werking van de trust ernstig kon worden belemmerd met alle negatieve gevolgen van dien. Dat een overdracht naar Anglo-Ameri-

57 M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur, ‘Naschrift’, *WPNR* 2012/6932, p. 413.

58 M. Bergervoet en mw. mr. D.S. Mansur, ‘Naschrift’, *WPNR* 2012/6932, p. 413.

kaans recht los staat van het trustrecht – dit geldt overigens niet voor de ‘declaration of trust’ – betekent derhalve niet dat zowel de uitwerking van de overdracht ten titel van trust als de eenzijdige verklaring van trust niet moet worden opgenomen in het materiële trustrecht van Curaçao.

Voorts is de verwijzing van de auteurs naar het HTV voor de interpretatie van het Curaçaose trustrecht begrijpelijk, doch onjuist, ondanks het feit dat het Curaçaose trustrecht op dit verdrag is gestoeld. Dat een goed zich op buitenlands grondgebied bevindt, betekent wederom niet dat de wijze van toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee niet door het Curaçaose recht moet worden geregeld. Zowel de Curaçaose wetgever als de auteurs miskennen het feit dat de verwijzing naar het HTV in casu niet relevant is voor een kwestie die door het Curaçaose materiële recht wordt beheerst. Het materiële privaatrecht wordt niet door het HTV bestreken. Dit betekent dat het HTV geen vragen over het Curaçaose materiële trustrecht (of enig ander trustrecht) beantwoordt en het verdrag fungeert enkel als verwijzings- en erkenningsrecht binnen het internationaal privaatrecht.⁵⁹ Bovendien heeft Curaçao het HTV niet geratificeerd, zodat dit verdrag niet op Curaçao van toepassing is.⁶⁰

2.2 De trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en begunstigde

2.2.1 De opvattingen van Zwolve en Bakker

2.2.1.1 De opvatting van Zwolve in *RMThemis*

In 2015 heeft Zwolve een bijdrage in het *RMThemis* gepubliceerd over art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van het toekomstig Nederlands trustrecht, waarin hij eveneens aandacht besteedt aan de Curaçaose trustwetgeving.⁶¹ Alhoewel Zwolve in zijn artikel aangeeft dat het niet zijn bedoeling is om de Curaçaose trust aan een kritische bespreking te onderwerpen, uit hij min of meer kritiek op het feit dat de Curaçaose wetgever zijn inziens het systematische kader waarop de trustrechtelijke relatie tussen trustee en de begunstigde is vormgegeven, niet heeft aangegeven. Voorts beargumenteert Zwolve dat het voornoemde systematische kader niet in het goederenrecht, doch in het verbintenissenrecht bestaat. Hij legt zijn standpunt als volgt uit:

“De van oorsprong Anglo-Amerikaanse trustverhouding is de vrucht van de oude ‘courts of equity’ en daarmee van een typische constellatie van het Engelse recht,

⁵⁹ Zie paragraaf 3.3.3.

⁶⁰ MvT Landsverordening trust, p. 1. Zie ook: <https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/000066>.

⁶¹ W.J. 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.

te weten de onderscheiding tussen 'law' en 'equity', dat wil zeggen twee verschillende rechtsbronnen die – oorspronkelijk – zelfs door twee verschillende rechterlijke instanties – de 'courts of law' en de 'courts of equity' – werden gehandhaafd. Gelet op deze typisch Engelse achtergrond is zelfs ooit eens door Lord Hardwicke, een van de grondleggers van het huidige Anglo-Amerikaanse trustrecht, opgemerkt dat '[i]t could not happen in any other country but this: because the jurisdiction of law and equity is administered here in different courts, and creates different kinds of rights in estates'. In het bijzonder de laatste vaststelling, waarin het verschil in rechtskarakter tussen 'legal' en 'equitable remedies' wordt benadrukt, lijkt in de weg te staan aan de introductie van de trustfiguur in een rechtssysteem zoals het onze, dat de eigenaardige onderscheiding tussen 'law' en 'equity' mist. 'Equitable remedies' namelijk, in het bijzonder die welke een rol spelen in het trustrecht, dragen een, vanuit het continentale perspectief gezien, geprononceerd goederenrechtelijk karakter; ze worden daarom oioik door Anglo-Amerikaanse juristen niet zelden aangemerkt als 'proprietary remedies', al of niet aangevuld met de (altijd misleidende) aanduiding *sui generis*. Van deze, typisch Anglo-Amerikaanse, goederenrechtelijke aspecten van de trustverhouding, de relatie tussen trustee en begunstigde, dient men zich te bevrijden als men aan die relatie binnen een rechtssysteem zoals het onze op een systematisch correcte wijze vorm wil geven. De Curaçaose Landsverordening Trust lijdt, onder meer, aan het euvel dat daarin dat systematische kader niet wordt aangegeven. Dit kader namelijk bestaat binnen een 'civil-law'-systeem *niet* in het goederenrecht, maar in het *verbintenissenrecht*. Ik kom daarom tot de navolgende begripsomschrijving:

'Een trustverhouding is de *verbintenissenrechtelijke* rechtsbetrekking die bestaat tussen één of meer trustees en één of meer personen of rechtspersonen ten behoeve van wie de trustee het beheer voert van en, zo nodig, beschikt over de van de rest van zijn vermogen afgescheiden onder trustverband staande goederen.'⁶²

Met het bovengenoemde relaas van Zwolve kan ik me niet verenigen. Hij wekt allereerst naar ik meen de indruk dat 'equitable remedies' in het Anglo-Amerikaanse trustrecht de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde definiëren. Deze argumentatie overtuigt mijns inziens niet. De 'equitable remedies' – die overigens niet altijd een goederenrechtelijk karakter hebben – bepalen niet de genoemde trustrechtelijke rechtsverhouding, doch zij zijn een uitvloeisel hiervan. Voorts verwijs ik voor het argument dat de trust zonder het tweeledige Anglo-Amerikaanse rechtssysteem niet kan bestaan, naar paragraaf 2.3.2 waarin de heersende leer in het moderne rechtsvergelijkend trustrecht is dat de trustfiguur weldegelijk zonder 'equity' in continentale rechtssystemen kan worden ingevoerd.⁶³ De Curaçaose trustwetgeving laat mijns inziens bovendien goed zien dat goederenrechtelijke remedies – zolang zij op de juiste wijze zijn vormgegeven – zonder meer

62 W.J. 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. 140-141.

63 Zie tevens de Anglo-Amerikaanse literatuur waarnaar aldaar wordt verwezen.

mogelijk zijn, zonder dat het 'equity'-systeem dient te worden ingevoerd.⁶⁴ Ten slotte is de wijze waarop Zwolve de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde beschrijft mijns inziens niet volledig en overtuigt op dit punt evenmin. Hij miskent naar mijn mening het feit dat de trustrechtelijke relatie tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde niet op zichzelf staat, doch het gevolg is van het goederenrechtelijk effect van het trustverband dat ontstaat als gevolg van de totstandkoming van de trust. De inhoud en strekking van het trustverband – dat anders dan hetgeen Zwolve betoogt zonder meer gelegen is in het goederenrecht – bepalen derhalve de diverse rechten, verplichtingen, bevoegdheden doch ook remedies die daaruit voortvloeien, en definiëren daarmee de aard van de rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde.

2.2.1.2 De opvatting van Bakker in het CJB

Naast Zwolve heeft ook Bakker zich uitgelaten over de Curaçaose trust. In zijn bespreking van de Curaçaose trustwetgeving en de uitleg van trustakten in het CJB neemt hij – evenals Zwolve – de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en begunstigde onder de loep en plaatst hierbij een aantal kanttekeningen. Hij schrijft:

“De goederenrechtelijke implicaties van beide beschikkingshandelingen laten onverlet dat met een Curaçaose trustakte (bovenal) verhoudingen van *verbintenisrechtelijke* aard in het leven worden geroepen. In zijn bespreking van de Curaçaose *civil law*-trust komt Zwolve tot de volgende definitie:

‘Een trustverhouding is de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking die bestaat tussen eien of meer trustees en eien of meer personen of rechtspersonen ten behoeve van wie de trustee het beheer voert van en, zo nodig, beschikt over de van de rest van zijn vermogen afgescheiden onder trustverband staande goederen.’

Met deze definitie ben ik het graag eens, zij het met twee kanttekeningen. Ten eerste zij erop gewezen (ook Zwolve wijst hier op) dat lid 3 van artikel 3:127 BW bepaalt dat de insteller van de trust zich in de trustakte jegens de trustee bepaalde rechten en bevoegdheden kan voorbehouden. Maakt de insteller van de trust hiervan

64 Zie hiervoor paragrafen 3.3.9 en 4.3.8. Zie voor 'equitable remedies' – ook in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – die zowel een goederenrechtelijk als verbintenisrechtelijk karakter hebben: L.D. Smith, 'Equity is not a single thing', in: D. Klimchuk, I. Samet & H.E. Smith (red.), *Philosophical foundations of the law of Equity*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 144-167; J.A. McGhee & S. Elliott, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 441-632; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 804-849; J. Glister & J. Lee, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, London: Sweet & Maxwell 2021, p. 716-745. Zie ook: G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 665 e.v.; P.S. Davies & G. Virgo, *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 976-1020.

daadwerkelijk gebruik en bedingt hij bijvoorbeeld dat de trustee de aan hem toevertrouwde zaken slechts met instemming van de insteller mag gebruiken, dan ontstaat mijns inziens tevens te dier zake een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking tussen insteller en trustee. Schending door de trustee van een dergelijk in de trustakte opgenomen beding resulteert in beginsel in wanprestatie jegens de insteller.

Ten tweede teken ik aan dat mijns inziens het beding in de trustakte, waarin één of meer begunstigden worden aangewezen, naar Curaçaos recht als *derdenbeding* moet worden aangemerkt. In artikel 3:153 lid 3 BW is dan ook in lijn met de wettelijke regeling van het derdenbeding bepaald dat als de aanwijzing van de begunstigde onherroepelijk is en jegens hem om niet gemaakt, zij als aanvaard geldt indien zij ter kennis van de begunstigde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen. Gelet op deze bepaling moet het er mijns inziens voor worden gehouden dat genoemde rechtsbetrekking tussen trustee en begunstigde derhalve eerst tot leven komt als gevolg van – al dan impliciete – aanvaarding van het derdenbeding door de begunstigde.”⁶⁵

De bovenstaande opvattingen van Bakker dat vanwege het voorbehouden van rechten en bevoegdheden door de insteller, tussen de insteller en trustee een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat en dat de aanwijzing van begunstigden naar Curaçaos recht als een derdenbeding moet worden beschouwd, zijn naar mijn mening onjuist. Hetgeen in casu in het oog springt is dat Bakker ten aanzien van de beide door hem verdedigde standpunten, verzuimt onderscheid te maken tussen de rechtsfiguur van de trust en de rechtsfiguur van ‘powers’, oftewel de bevoegdheden die in het kader van het Curaçaose trustrecht kunnen worden verleend aan de insteller, de trustee, de (potentiële) begunstigden of derden.⁶⁶ Dit is een veelvoorkomende, doch verkeerde assumptie die in het continentale recht wordt gemaakt, waarbij de beide op zichzelf staande en van elkaar verschillende rechtsfiguren met elkaar worden verward. Het feit dat de Curaçaose wetgever het bepaalde in art. 3:127 lid 3 BWC letterlijk van het HTV heeft overgenomen, helpt deze verkeerde assumptie niet uit de wereld.

Voor wat betreft de eerste opvatting van Bakker, leidt de omstandigheid dat de insteller bevoegdheden heeft voorbehouden, mijns inziens echter niet tot het ontstaan van een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de insteller. Het woord ‘beding’ verwijst naar de situatie waarin tussen partijen – als onderdeel van een overeenkomst – afspraken zijn gemaakt. Bij de instelling van de Curaçaose trust – die eenzijdig geschiedt – is dit niet het geval. Aan de insteller als zodanig wordt daarentegen krachtens het trustverband dat ontstaat als gevolg van de trustcreatie, een recht tot uitoefe-

65 P.S. Bakker, ‘Enige beschouwingen over trustakten naar Curaçaos recht en de uitleg daarvan’, *CJB* 2016/3, p. 190-191.

66 Zie hiervoor paragraaf 2.5 en paragraaf 3.4.

ning van bepaalde handelingen verleend bij welke hij een zekere mate van beslissingsvrijheid heeft. Een dergelijke bevoegdheid valt mijns inziens echter niet onder het begrip ‘verbintenis’. Tussen de insteller en de trustee ontstaat als gevolg van het trustverband in casu géén rechtsbetrekking die zich kenmerkt door het feit dat de één jegens de ander gerechtigd is tot een *prestatie*, waartoe de ander jegens degene *verplicht* is.⁶⁷ De beslissingsvrijheid die de insteller te dien aanzien heeft, brengt géén gebondenheid tussen de insteller en de trustee met zich, hetgeen wel vereist is bij een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking.⁶⁸ Dientengevolge kan er nimmer sprake zijn van een schending door de trustee die een tekortkoming in de nakoming van een *verbintenis* ex art. 6:74 BWC oplevert. Het is immers de insteller aan wie een *bevoegdheid* wordt toegekend en die bepaalt of hij al dan niet tot uitoefening daarvan overgaat.⁶⁹ Daarenboven miskent Bakker in dit kader het feit dat de Curaçaose trust niet is ingesteld ten behoeve van de insteller als zodanig, doch ten behoeve van (potentiële) begunstigden of ter verwezenlijking van een bepaald doel. Dit impliceert dat hij als zodanig – behoudens de aan hem toegekende trustrechtelijke bevoegdheden – geen rechten ontleent aan de trust.⁷⁰

De tweede opvatting behelst een algemene misvatting die onder continentale juristen heerst – waaronder ook Bakker gezien zijn zienswijze hieromtrent – dat de trust als een overeenkomst met een derdenbeding moet worden aangemerkt.⁷¹ Zoals reeds meermalen is geschetst en met klem is benadrukt, is de instelling van de trust géén overeenkomst. De instelling van de trust is een eenzijdig gerichte rechtshandeling. De trust doet krachtens het trustverband geen verbintenissen ontstaan tussen zowel de insteller, de trustee als – bij aanvaarding – tussen de begunstigde. De insteller is na de totstandkoming van de trust in beginsel niet bij de trust betrokken.⁷² Voorts komt als gevolg

67 C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2020, nr. 6.

68 C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2020, nrs. 6-32.

69 Deze bevoegdheid impliceert niet dat er sprake is van een verbintenis.

70 Vgl. in dit kader: *Turner v. Turner* [1984] Ch 100; *Re Astor's Settlement* [1952] Ch 534, p. 542; L. Ho, ‘Breaking Bad’: Settlers’ Reserved Powers’, in: R.C. Nolan, K.F.K. Low & T.H. Wu (red.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 36, voetnoot 8.

71 Vgl. in dit kader tevens K.L.H. Van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1985, p. 328-329, die dezelfde conclusie trekt als Bakker.

72 In dezelfde zin: D.J. Hayton, ‘English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe’, in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 33; P. Matthews, ‘From Obligation to Property, And Back Again?’, in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 218-221; W.J.

van de goederenrechtelijke werking van het trustverband dat terstond na de totstandkoming van de Curaçaose trust ontstaat, de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de begunstigde tot stand en verwerft de begunstigde hierbij van rechtswege ten aanzien van de trustgoederen een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies. Het voorgaande kan niet enkel met betrekking tot de begunstigde geschieden, doch ook ten aanzien van de potentiële begunstigde die (nog) geen economisch belang heeft en die daardoor ook (vooralsnog) geen aanspraak kan maken op trustgoederen. De verwerving van 'het recht van de begunstigde' van rechtswege door de (potentiële) begunstigde impliceert dat de (potentiële) begunstigde verkrijgt zonder dat aanvaarding noodzakelijk is.⁷³ Door te beargumenteren dat de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde na de aanvaarding van een derdenbeding tot leven komt, negeert Bakker de goederenrechtelijke werking van het trustverband en derhalve een wezenlijk element van de Curaçaose trust.

2.3 Overige opmerkingen

Uit de bovenstaande controverse kan worden afgeleid dat de betrokken schrijvers zich enkel op de problematiek rondom de wijze van toevertrouwen bij de totstandkoming van de 'inter vivos' trust en de analyse van de trustrechtelijke rechtsbetrekking tussen de trustee en de begunstigde hebben gericht. De andere problemen in het Curaçaose trustrecht die in het voorgaande hoofdstuk zijn aangekaart, zijn helaas tot heden onbesproken gebleven in de rechtsliteratuur, terwijl de reparatie van deze tekortkomingen noodzakelijk is voor een onomstreden totstandkoming en goede werking van de Curaçaose trust.

3 DE OPLOSSINGEN TER VERBETERING VAN DE WERKING VAN DE CURAÇAOSE TRUST

In hoofdstuk 3 en paragraaf 4.2 zijn de belangrijkste knelpunten besproken die thans de werking van de Curaçaose trust beletten. In het onderstaande zal per probleem een oplossing, dan wel zullen suggesties worden aangereikt ter verbetering van de werking van de Curaçaose trust.

3.1 Aanpassing ruime definitie van de Curaçaose trust

In paragraaf 3.3.1 is reeds toegelicht, dat Curaçao ingevolge het bepaalde in art. 3:127 BWC thans een te ruime definitie hanteert van de Curaçaose trust

Zwalve, 'You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015/4, p. 141.

⁷³ Zie in dit kader ook paragraaf 3.3.9.

die letterlijk van het HTV is overgenomen. Dientengevolge zouden andere trustachtige rechtsfiguren die normaliter niet als trust kwalificeren, wel onder het bereik van de Curaçaose trustwetgeving kunnen vallen.

Teneinde kwalificatieproblemen in de rechtspraktijk te voorkomen die de werking van de Curaçaose trust kunnen beletten en gezien het feit dat de trust velerlei vormen kent en het trustverband derhalve diverse strekkingen kan hebben, kan de wetgever mijns inziens het beste kiezen om uitsluitend de rechtsgevolgen die de instelling van de Curaçaose trust teweegbrengt en die hieraan inherent zijn, in de wet op te nemen. In dit kader dient de wetgever mijns inziens in de herziene Curaçaose trustwet het belangrijkste rechtsgevolg van de instelling van de Curaçaose trust – het ontstaan van een afgescheiden geheel van trustgoederen, het trustfonds, als gevolg van het rusten van het trustverband op de aangewezen goederen – in een afzonderlijke wetsbepaling op te nemen. Voorts zou hierin – met het oog op samenhang – tevens kunnen worden vastgelegd dat het trustfonds niet strekt tot verhaal van de schulden van de trustee in privé en dat er zaaksvervanging optreedt ten aanzien van de tot het trustfonds behorende trustgoederen.⁷⁴

Ter toelichting op het vorenstaande zou de Curaçaose wetgever kunnen wijzen op het feit dat het afgescheiden karakter van de trust tot gevolg heeft dat de onder trustverband gebrachte goederen afgezonderd zijn van het privévermogen van de trustee en dat het trustfonds niet vatbaar is voor boedelmenging, een faillissement en de gevolgen van echtscheiding of het overlijden van de trustee.

Een specifieke situatie waarmee de Curaçaose wetgever noch in de wettekst, noch in de memorie van toelichting rekening heeft gehouden is de vatbaarheid van het trustfonds in het kader van een omzetting van een rechtspersoon en de gevolgen van een fusie ex art. 2:309 BWC, respectievelijk een splitsing ex art. 2:335 BWC. Het is derhalve thans onduidelijk of een omzetting, fusie of splitsing waarbij een trustee-rechtspersoon is betrokken, het trustfonds kan

⁷⁴ Dit zou naar mijn mening betekenen dat bepaalde onderdelen van art. 3:127 BWC en art. 3:155 BWC – ter voorkoming van doublures – moeten worden samengevoegd. Ter illustratie zou onder andere aan de volgende formulering kunnen worden gedacht:

Artikel 127

1. De onder trustverband geplaatste goederen, hierna te noemen het trustfonds, vormen een afgescheiden geheel van trustgoederen.

2. Het trustfonds strekt niet tot verhaal van de schulden van de trustee in privé.

3. Tenzij bij de instelling van de trust of op het tijdstip van het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee anders is bepaald, omvat het trustfonds ook de goederen die geacht moeten worden in de plaats van een tot het trustfonds behorend goed te treden, vorderingen tot vergoeding van schade daaronder begrepen, benevens de vruchten en andere voordelen die zulk een goed oplevert, zolang de vruchten niet zijn aangewend ten behoeve van de begunstigde of het bepaalde doel.

Zie in dit kader voorts paragraaf 4.3.15.13.

aantasten. Teneinde in deze leemte in de wet te voorzien, dient de Curaçaose wetgever in de wet vast te leggen dat het trustfonds – naast de situaties waarin sprake is van boedelmenging, faillissement, echtscheiding of overlijden van de trustee – niet vatbaar is voor een omzetting van een trustee-rechtspersoon en de gevolgen van een fusie of splitsing als bedoeld in art. 2:309, respectievelijk art. 2:335 BWC. Voorts dient de wetgever naar mijn mening te bepalen dat het trusteeschap van de trustee-rechtspersoon op het tijdstip van fusie of splitsing eindigt, voor zover de trustee-rechtspersoon als gevolg van de fusie op splitsing ophoudt te bestaan. Men vergelijkte het voorgaande met het overlijden van een trustee-natuurlijke persoon, waarbij het trusteeschap niet overgaat op de erfgenamen.

3.2 Aanvulling van de materiële vereisten voor de totstandkoming van de Curaçaose trust

Thans kent het Curaçaose trustrecht – zoals in paragraaf 3.3.1 is geschetst – een aantal materieelrechtelijke tekortkomingen die de totstandkoming van de trust beletten. Het betreft in casu allereerst de situatie waarin de wet – voor de totstandkoming van de trust – vereist dat begunstigden bij trustakte worden aangewezen, terwijl dit bij ‘discretionary’ trusts en trusts ter verwezenlijking van een bepaald doel niet mogelijk is op het tijdstip van de instelling van de trust. Daarnaast verlangt de wet dat de aanvaarding van de functie van trustee in alle gevallen bij trustakte dient te geschieden, terwijl dit bij de testamentaire trust praktische problemen en rechtsonzekerheid in het rechtsverkeer met zich meebrengt. Teneinde deze materieelrechtelijke gebreken te herstellen, zal in het onderstaande een aantal oplossingen worden aangedragen.

3.2.1 *Het opnemen van het bepaalbaarheidsvereiste in de wet*

Is de insteller van de trust voornemens om een trust naar Curaçaos recht in het leven te roepen, dan dient de wetgever mijns inziens als materieel vereiste in de wet op te nemen dat alle begunstigden die in de trustakte zijn aangewezen of later als begunstigden kunnen worden aangewezen, voldoende bepaalbaar moeten zijn. Dit impliceert dat de begunstigden duidelijk moeten worden omschreven. Dat zal praktisch gezien naar ik aanneem weinig problemen opleveren. Indien de insteller daarentegen een discretionaire bevoegdheid aan de trustee heeft verleend uit welke hoofde hij op een later tijdstip begunstigden kan aanwijzen, moeten in dergelijke gevallen – eveneens op straffe van nietigheid – specifieke criteria c.q. kenmerken in de trustakte worden opgenomen, aan de hand waarvan met zekerheid kan worden bepaald of een persoon kwalificeert als begunstigde c.q. behoort tot de groep of categorie der potentiële begunstigden. De notaris moet derhalve bij het opstellen van de trustakte

ervoor zorgen dat zowel de begunstigden als de potentiële begunstigden voldoende bepaalbaar zijn.

Ingeval een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel is ingesteld, dan dient het doel van een dergelijke trust op een zo duidelijk en ondubbelzinnige wijze mogelijk te worden omschreven.

3.2.2 *De latere aanwijzing van een begunstigde bij notariële akte*

Heeft de trustee gebruik gemaakt van zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde, dan dient de Curaçaose wetgever mijns inziens als voorwaarde te stellen dat de aanwijzing bij notariële akte moet geschieden. De notariële akte als vormvereiste bevordert naar ik meen zonder meer de rechtszekerheid. Zo kan de notaris waken tegen misbruik van de discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing door de trustee en kan hij ervoor zorgen dat de aanwijzing van de begunstigden op de juiste wijze plaatsvindt. Daarnaast wordt aan de notariële akte dwingende bewijskracht toegekend, hetgeen bewijsrechtelijke discussies omtrent de desbetreffende aanwijzing voorkomt.⁷⁵

3.2.3 *De verplichte benoeming van een protector bij onmogelijkheid van belangenbehartiging en bij de instelling van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel*

Het kan voorkomen dat de insteller een trust naar Curaçaos recht wil instellen, doch dat de trust (vooralsnog) geen (potentiële) begunstigden heeft die hun belangen in de trust kunnen behartigen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan potentiële begunstigden die nog niet bestaan, potentiële begunstigden die handelingsonbekwaam zijn vanwege minderjarigheid of curatele of wanneer een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel in het leven is geroepen.⁷⁶ Daarnaast kan de situatie zich voordoen waarbij de trust wel potentiële begunstigden heeft die hun belangen in de trust kunnen behartigen, doch de insteller van de trust nog niet wil dat zij door de trustee over hun positie in kennis

⁷⁵ Art. 135 en art. 136 RvC. Vgl. ook: J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2019, par. 8.1 e.v.

⁷⁶ Vgl. in het kader van de trust ter verwezenlijking van een bepaald doel: section 13 Jersey Trust Law 1984; Vgl. ook: D.J. Hayton, 'Developing the Obligation Characteristic of the Trust', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 189-201; D. Waters, 'Reaching for the Sky: Taking Trust Laws to the Limit', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 243-290; P. Matthews, 'From Obligation to Property, And Back Again?', in: D.J. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 222-224; D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 46 en p. 48-49.

worden gesteld. Voor deze situatie zou de Curaçaose wetgever naar mijn mening een wetsbepaling in de wet moeten opnemen waarin wordt bepaald dat voor de duur van de handelingsonbekwaamheid of onbekendheid met de positie van potentiële begunstigde en gedurende de tijd dat de potentiële begunstigde nog niet bestaat, op straffe van nietigheid van de trust een protector moet worden benoemd aan wie de rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies toekomen die normaliter aan (potentiële) begunstigten toekomen. Zodoende houdt de protector toezicht op het handelen van de trustee en kan hij bij een (dreigende) 'breach of trust' optreden tegen de trustee.

3.2.4 De aanvaarding van de functie van de testamentaire trustee bij notariële akte, niet zijnde de trustakte

Wanneer een Curaçaose trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, kan de aanvaarding van de functie van trustee niet bij uiterste wil – dat wil zeggen bij testament – geschieden. De uiterste wilsbeschikking – zoals uit art. 4:42 lid 1 BWC en art. 4:111 BWC blijkt – heeft pas werking bij overlijden en kan steeds worden herroepen. Daarnaast zou de Curaçaose notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar kunnen handelen, aangezien krachtens het bepaalde in art. 27a Landsverordening op het notarisambt, notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, geen andere rechtshandelingen mogen bevatten. Teneinde de onderhavige gebreken te herstellen, dient de Curaçaose wetgever naar mijn opvatting wettelijk te bepalen dat voor de aanvaarding van de trustee ingeval een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, een afzonderlijke notariële akte is vereist. De eis van de notariële akte dient mijns inziens ook in casu de rechtszekerheid, gelet op de aard van de functie van de trustee als rechthebbende en beheerder van de trustgoederen.

3.3 Instelling van de trust voor bepaalde tijd

3.3.1 Tijdslimiet voor bepaalde trusts

Zoals in paragraaf 3.3.3.2 is bediscussieerd, wordt de trust naar huidig Curaçaos recht in beginsel voor onbepaalde tijd ingesteld. In situaties waarin in het kader van de trust onzekerheid bestaat over het in vervulling gaan van een voorwaarde, dan wel het niet zeker is dat de nog niet bestaande natuurlijke of rechtspersonen zullen bestaan, heeft de Curaçaose wetgever niet voorzien. Het is daarom zonder meer wenselijk dat de Curaçaose wetgever een wettelijke regeling opneemt die bepaalt dat de trust na een bepaalde tijdsperiode eindigt, indien de aan een recht verbonden voorwaarde niet in vervulling is gegaan

en het recht ten gevolge hiervan vervalt.⁷⁷ Het voorgaande zou van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard, ingeval nog niet bestaande natuurlijke personen of rechtspersonen als begunstigden zijn aangewezen of onderdeel zijn van de groep der potentiële begunstigden en kan worden aangenomen dat deze niet meer zullen bestaan.

Ik acht een tijdsperiode van 80 jaar na de instelling van de trust in de bovengemelde situaties voldoende, gelet op het feit dat een periode van 80 jaar de gemiddelde levensverwachting is van een natuurlijke persoon op Curaçao, dan wel het leeftijdsverschil tussen ongeveer drie generaties.⁷⁸

3.3.2 Termijnstelling voor aanwijzing van een begunstigde door de trustee bij 'discretionary' trusts

Indien een 'discretionary' trust voor onbepaalde tijd is ingesteld en de trustee uit dien hoofde een discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van begunstigden heeft verkregen, bestaat het risico dat de trustee – indien bij trustakte niets is geregeld – voor geruime tijd geen begunstigden aanwijst. Dientengevolge kunnen de trustgoederen blijven accumuleren zonder dat er een uitkering van de trustgoederen aan een aangewezen begunstigde plaatsvindt. Ter voorkoming hiervan verdient het naar mijn mening aanbeveling om in dergelijke situaties de potentiële begunstigde in de wet de mogelijkheid te bieden om zich tot de rechter te wenden die op zijn verzoek de trustee een termijn stelt waarin de trustee dient te overwegen of hij al dan niet tot uitkering overgaat.⁷⁹ Deze overweging dient naar mijn mening echter wel met redenen te zijn omkleed. Een termijnstelling in dit soort gevallen fungeert alsdan als een stok achter de deur voor de trustee om zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van begunstigden uit te oefenen.⁸⁰

3.4 Afzonderlijke wetsbepaling ter zake van de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust

De Curaçaose wetgever heeft – zo blijkt reeds uit paragraaf 3.3.3.4 – getracht een einde te maken aan de onduidelijkheid die lange tijd bestond over de twee wijzen van toevertrouwen van de beoogde trustgoederen aan de trustee bij de totstandkoming van de 'inter vivos' trust. Naar aanleiding hiervan is een vierde lid aan art. 3:127 BWC toegevoegd waarin is bepaald dat op de overdracht ten titel van trust alsmede de eenzijdige verklaring van trust, afdeling

⁷⁷ Men vergelijk hierbij bijvoorbeeld de tekst van art. 4:140 BWC.

⁷⁸ <https://www.cbs.cw/population>

⁷⁹ De gestelde termijn moet onder omstandigheden kunnen worden verlengd.

⁸⁰ De Curaçaose wetgever zou de tekst van art. 4:192 BWC als inspiratiebron kunnen gebruiken.

3.4.2 BWC (art. 3:83 BWC e.v.) van toepassing is.⁸¹ Toch heeft deze toevoeging niet geleid tot de volledige oplossing van de problemen op dit terrein. In het onderstaande worden een aantal oplossingen besproken, opdat het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee door middel van een overdracht ten titel van trust, dan wel een eenzijdige verklaring van trust op soepele wijze kan geschieden.

3.4.1 Scherpere formulering van het bepaalde in art. 4:127 lid 4 BWC voor de overdracht ten titel van trust

Reeds eerder is in paragraaf 3.3.3.4 aan bod gekomen dat de Curaçaose wetgever voor wat betreft het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee door middel van een overdracht ten titel van trust, een vierde lid aan art. 3:127 BWC heeft toegevoegd. Deze toevoeging is in de trustwet opgenomen op instigatie van de Curaçao International Financial Services Association (CIFA).⁸² Het luidt:

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

De memorie van toelichting vermeldt dat met het bepaalde in art. 3:127 lid 4 BWC een overdracht van de trustgoederen (*lees ook*: vestiging van een beperkt recht) wordt bedoeld.⁸³ De voor een eigendomsoverdracht geldende vereisten zijn in art. 3:84 BWC opgenomen, hetgeen in afdeling 3.4.2 is geregeld. Daarnaast zijn in afdeling 3.4.2 BWC tevens een aantal leveringsformaliteiten geregeld die in acht moeten worden genomen, teneinde de levering te voltooien en daarmee de rechtsovergang te bewerkstelligen. Het voorgaande verklaart mijns inziens waarom de Curaçaose wetgever met instemming van de CIFA afdeling 3.4.2 BWC toepasselijk heeft verklaard.

De wijze waarop het bepaalde in art. 3:127 lid 4 BWC thans is geformuleerd, is naar mijn mening ongelukkig en kan in het kader van de instelling van de Curaçaose trust problemen opleveren. Naast de in afdeling 3.4.2. BWC geregelde leveringsformaliteiten, kent het Curaçaose recht tevens bijzondere leveringsformaliteiten die in de wet, doch buiten de voornoemde afdeling zijn opgenomen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de wijze van levering van aandelen ex art. 2:110/210 BWC en van auteursrechten ex art. 2 Auteursverordening 1913,

81 Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de trust, *Publicatieblad* 2020, nr. 114 (onderdeel B), art. 3:127 lid 4 (nieuw) BWC.

82 *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 1 en p. 3.

83 *Statenstukken* 2017/18, 131, nr. 3 (MvT), p. 2. Zie in dit kader paragraaf 3.3.3.4.

of een levering door middel van een CT-document ex art. 8:50 BWC.⁸⁴ Op basis van de huidige formulering zouden uitsluitend de in afdeling 4.3.2 BWC geregelde leveringsformaliteiten van toepassing zijn. Aangezien voor bepaalde goederen bijzondere leveringsformaliteiten gelden die niet in afdeling 3.4.2 BWC voorkomen, zou de voor een overdracht vereiste levering van deze goederen niet kunnen worden voltooid, waardoor de overdracht hiervan niet zou kunnen worden bewerkstelligd.⁸⁵ Dit zou ertoe leiden dat de plaatsing van dergelijke goederen onder trustverband evenmin mogelijk is.

Om het bovenstaande gebrek in de formulering te verhelpen, dient de Curaçaose wetgever naar mijn mening het bepaalde in art. 3:127 lid 4 BWC in diër voege te formuleren dat voor de rechtstoepasser evident is dat de instelling van de 'inter vivos' trust waarbij een derde trustee wordt of de inbreng van goederen in een bestaande trust waarbij een derde trustee is, naar Curaçaos recht geschiedt door middel van een overdracht, zonder dat verwezen wordt naar afdeling 3.4.2 BWC.

3.4.2 Een wettelijke basis voor de eenzijdige verklaring van trust

Hoewel het nieuwe art. 3:127 lid 4 BWC voorschrijft dat een eenzijdige verklaring van trust – de 'declaration of trust' – naar Curaçaos recht middels een overdracht van de aangewezen goederen door de insteller aan zichzelf in de hoedanigheid van trustee dient te geschieden, bleek uit paragraaf 3.3.3.4 dat een dergelijke handeling in de goederenrechtelijke zin onmogelijk is. Aangezien de door de Curaçaose wetgever bedachte oplossing voor de eenzijdige verklaring van trust in mijn ogen niet bevredigend is, is de vraag op welke wijze de eenzijdige verklaring van trust dan wel moet worden ingekleed.

Gezien het feit dat de eenzijdige verklaring van trust inherent is aan de trustfiguur, dient de Curaçaose wetgever – om hetzelfde resultaat als in het Anglo-Amerikaanse trustrecht te bereiken – mijns inziens een expliciete wettelijke grondslag voor de eenzijdige verklaring van trust in het trustrecht te introduceren.^{86/87} Zonder een expliciete wettelijke basis in het Curaçaose

84 Vgl.: W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 126; A.L.M. Keirse, 'GS Vermogensrecht, art. 3:84 BW, aant. 1.3.3.4', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer.

85 Overigens is er geen sprake van een verkrijging door de trustee bij de instelling van de trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust.

86 Zwalve lijkt te betogen dat – anders dan hetgeen in het bovenstaande is aangegeven – voor de introductie van de 'declaration of trust' in het trustrecht een tussenpersoon onmisbaar is. Hij verwijst in dit kader naar de visie van Uniken Venema. De eigendom ten titel van beheer in het continentaal recht verschilt met de trust in die zin dat de insteller van een trust trustee kan zijn zonder de tussenkomst van een tussenpersoon. Voorts is aan de trust vanwege het trustverband – in tegenstelling tot de eigendom ten titel van beheer – goederenrechtelijke werking verbonden. Zie voor de bespreking van een tussenpersoon bij de 'declaration of trust' en de eigendom ten titel van beheer: W.J. Zwalve, 'You can't have your cake and eat it.' Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands

trustrecht is het niet mogelijk om door middel van een eenzijdige rechtshandeling het *goederenrechtelijke* trustverband tot stand te brengen, dat leidt tot het ontstaan van de trustrechtelijke rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde en daarmee diverse rechten, bevoegdheden en remedies die daaruit voortvloeien. Sterker nog: zonder een expliciete wettelijke basis is de totstandkoming van de ‘inter vivos’ trust krachtens een eenzijdige verklaring van trust in strijd met het *numerus clausus* beginsel.

Kiest de insteller van een Curaçaose trust ervoor om die in te stellen krachtens een eenzijdige verklaring van trust, dan moet de wilsverklaring kenbaar worden gemaakt door middel van een notariële trustakte.⁸⁸ Indien onroerende zaken onder trustverband worden geplaatst, dan dient – tenzij in de trustakte anders is bepaald – het trustverband en de wijziging van de hoedanigheid mijns inziens op grond van artikel 3:17 lid 1 sub a BWC te

trustrecht’, *RMThemis* 2015/4, p. 142, voetnoot 23; C.Æ. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, (Praeadvies voor de ‘Vereeniging Handelsrecht’ 1990), Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 20 en p. 42 e.v. 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. 148-149; N.E.D. Faber, ‘Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen’, in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 220. Zie voor een bespreking van het verschil tussen de eigendom ten titel van beheer en de trust: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 110-114.

87 Overigens is een expliciete wettelijke grondslag voor de eenzijdige verklaring van trust ofwel de ‘declaration of trust’ niet een vreemd concept in het continentale recht. Zowel het Japanse als het Zuid-Koreaanse trustrecht hebben als ‘civil law’ landen een wettelijke grondslag in de wet geïntroduceerd voor de ‘declaration of trust’. In dit kader kunnen het Japanse en Zuid-Koreaanse trustrecht als goede voorbeelden dienen voor het Curaçaose trustrecht, omdat beide rechtssystemen sterk zijn beïnvloed door Europese landen met een continentaal rechtssysteem. In dit geval wordt gemakshalve het Zuid-Koreaanse trustrecht als voorbeeld genomen. Als gevolg van de grote invloed van het Duitse rechtssysteem op het Zuid-Koreaanse privaatrecht, heeft in het verleden het Duitse Burgerlijk Wetboek (BGB) als voorbeeld gefungeerd en het Zuid-Koreaanse Burgerlijk Wetboek is grotendeels op het Duitse recht gebaseerd. Het Zuid-Koreaanse trustrecht kent evenals het Curaçaose recht het *numerus clausus* beginsel en de Zuid-Koreaanse wetgever heeft als gevolg hiervan een expliciete wettelijke grondslag in het trustrecht opgenomen om de instelling van de trust krachtens een ‘declaration of trust’ mogelijk te maken. Deze instelling van de trust krachtens een ‘declaration of trust’ geschiedt – evenals hetgeen is voorgesteld voor het Curaçaose trustrecht – door middel van een notariële trustakte en naar Zuid-Koreaans trustrecht is er géén sprake van een overdracht aan zichzelf, doch enkel een wijziging van hoedanigheid. Zie hiervoor: article 3 (iii) Japanese Trust Act 2006; article 3 (iii) Korean Trust Act 2011; M. Arai, ‘Trust law in Japan: inspiring changes in Asia, 1922 and 2006’ in: L. Ho & R. Lee (red.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions: A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 27-30; Y.C. Wu, ‘Trust Law in South Korea: developments and challenges’ in: L. Ho & R. Lee (red.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions: A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 46-51.

88 Zie paragraaf 3.3.4.

worden ingeschreven in de openbare registers.⁸⁹ Om het heffingsprobleem – dat in het geval van een eenzijdige verklaring van trust ontstaat – in de overdrachtsbelasting op te lossen, kan de Curaçaose wetgever – zoals reeds eerder is betoogd – belastingtechnisch de instelling van de trust krachtens een verklaring van trust onderwerpen aan de overdrachtsbelasting door de wijziging van hoedanigheid in casu fiscaalrechtelijk aan te merken als een overdracht, ook al is zulks civielrechtelijk niet als een overdracht te beschouwen.⁹⁰ Een wettelijke fictie in de fiscale wetgeving voor het heffingsprobleem is derhalve de beste oplossing.⁹¹

3.4.3 *Vastlegging van de voor de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust mogelijke wijzen van toevertrouwen in een afzonderlijke wetsbepaling*

Beide wijzen van toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee dienen naar mijn opvatting – anders dan de wijze waarop de Curaçaose wetgever het thans heeft geregeld – in een afzonderlijke wetsbepaling te worden vastgelegd. De achterliggende reden hiervoor is dat het voor de rechtstoepasser simpelweg duidelijk moet zijn op welke wijze de instelling van de Curaçaose 'inter vivos' trust kan plaatsvinden. Dit betekent dat in de wetsbepaling moet worden opgenomen dat de instelling van een trust geschiedt door middel van een overdracht of een eenzijdige verklaring van trust. Daarnaast kan, indien de Curaçaose wetgever dit wenselijk acht, in dezelfde wetsbepaling uitdrukkelijk worden bepaald, dat de trustee na de instelling van de trust en gedurende het bestaan van de trust de rechthebbende is van de onder trustverband geplaatste goederen. Zodoende bevestigt een dergelijke bepaling het feit dat de trustee daadwerkelijk de volledig rechthebbende is van de trustgoederen en dat er op generlei wijze sprake is van een splitsing van de eigendom in het kader van de trust.⁹²

3.5 Een erfrechtelijke regeling voor de testamentaire trust

Naast het feit dat de instelling van de 'inter vivos' trust naar Curaçaos recht thans een aantal tekortkomingen vertoont, heeft de Curaçaose wetgever – zoals

89 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 75-76; Vgl. ook: R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 86; M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 196-198; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 222-226.

90 Zie ook paragraaf 4.2.1

91 Dit betekent aldus een wijziging van art. 1 Overdrachtsbelastingverordening 1908.

92 Zie in dit kader ook paragraaf 2.3.2.

eerder in paragraaf 3.3.4 is opgemerkt – niet in een erfrechtelijke regeling voorzien. Dit heeft tot gevolg gehad dat thans het tijdstip van totstandkoming van de testamentaire trust naar Curaçaos recht onzeker is. De vraag die in casu moet worden beantwoord is op welke wijze in dit verband aan de afwikkeling van de nalatenschap vorm moet worden gegeven, zodat de totstandkoming van de testamentaire trust naar Curaçaos recht geen praktische problemen oplevert.

Aertsen⁹³ betoogt in zijn proefschrift dat het erfrecht geen aanpassing behoeft om een eenzijdige overgang van de goederen mogelijk te maken.⁹⁴ Hij argumenteert als volgt:

“De insteller kan in zijn testament bepalen dat (een deel van) zijn nalatenschap bij zijn overlijden onder trustverband wordt geplaatst en dat zijn erfgenamen de trustee van het betreffende vermogen zullen zijn. (...) Als de insteller vervolgens overlijdt, gaat de betreffende nalatenschap (of het betreffende deel daarvan) krachtens opvolging onder algemene titel over op de erfgenamen, die tevens trustee zijn. Erfgenamen die de verkrijging van het trustvermogen en de functie van trustee niet wensen te aanvaarden, kunnen de nalatenschap verwerpen. De situatie is anders, als de insteller slechts één of meer bepaalde goederen, en niet zijn gehele vermogen of een deel daarvan, onder trustverband wil plaatsen. De insteller kan de betreffende goederen bij testament onder trustverband plaatsen en hij kan bij testament één of meer trustee aanwijzen, maar hij kan de betreffende goederen niet door middel van een eenzijdige testamentaire beschikkingshandeling op de trustee laten overgaan. De overgang van één of meer bepaalde goederen dient op grond van een legaat te geschieden.”⁹⁵

Bij het standpunt en de daarbij behorende argumenten van Aertsen maak ik de volgende kanttekeningen.

Ten eerste geeft Aertsen mijns inziens – door aan te stippen dat de betreffende nalatenschap (of een deel daarvan) krachtens opvolging onder algemene titel overgaat op de erfgenamen, die tevens trustee zijn – de indruk dat de totstandkoming van de testamentaire trust terstond geschiedt op het tijdstip van het overlijden van de insteller (*lees*: erflater) en dat op grond daarvan

93 Hoewel het standpunt van Aertsen toegespitst is op het Nederlandse recht, kan dit standpunt gezien het nagenoeg gelijklopende Curaçaose erfrecht, ook worden gehanteerd voor het Curaçaose recht.

94 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 256-258.

95 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 257. Vgl. ook M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 187; J.B. Vegter, ‘Over het belang van de Curaçaose trust voor de “estate planning” van Nederlandse particulieren’, *WPNR* 2012/6946, p. 703.

zowel de goederen als de schulden van de nalatenschap overgaan op de trustee. Hier zij echter nogmaals gewezen op het feit dat uitsluitend *goederen* die deel uitmaken van de nalatenschap van de erflater onder trustverband kunnen worden geplaatst bij de instelling van de trust bij uiterste wilsbeschikking. De schulden die ten tijde van het overlijden van de erflater reeds bestonden, maken géén deel uit van het trustfonds. De nalatenschap die zowel uit positieve als negatieve vermogensbestanddelen bestaat, kan aldus niet als geheel onder trustverband worden geplaatst.

Daarnaast lijkt Aertsen uit te gaan van het feit dat een testamentaire trust ontstaat op het tijdstip van het overlijden van de erflater. Dat is naar mijn mening een onjuiste aanname. Indien een insteller een trust bij uiterste wilsbeschikking heeft ingesteld, dan dient de desbetreffende nalatenschap te worden afgewikkeld, alvorens de trust tot stand komt en de trustee de onder trust verband geplaatste goederen kan beheren ten behoeve van de (potentiële) begunstigden, dan wel ter verwezenlijking van een bepaald doel. Enkel op die wijze kan worden gegarandeerd dat schuldeisers van de nalatenschap niet op één of andere wijze kunnen worden benadeeld.

Voorts verbindt Aertsen in mijn opinie ten onrechte de keuzemogelijkheden die de erfgenaam ten aanzien van de nalatenschap heeft aan de functie van de trustee. De aanvaarding of verwerping van de nalatenschap staat los van de aanvaarding of verwerping van de functie van trustee en diens werkzaamheden, zodat een erfgenaam niet tevens trustee hoeft te zijn. Derhalve staat het de erfgenaam naar ik meen vrij om – indien hij als trustee is benoemd – een keuze te maken tussen het erfgenaamschap, het trusteeschap of een combinatie hiervan.

Ten slotte vindt Aertsen dat bij het onder trustverband plaatsen van één of meer goederen de overgang op de trustee krachtens legaat dient te geschieden. Ik deel deze mening niet. Er bestaat een wezenlijk verschil tussen het legaat als uiterste wilsbeschikking en de trust als uiterste wilsbeschikking. Ingevolge art. 4:117 BWC behelst een legaat een vorderingsrecht dat tot doel heeft de legataris te bevoordelen.⁹⁶ Indien de erflater een aantal goederen legateert, impliceert dit dat op grond van het legaat een verbintenisrechtelijke verplichting tot levering van de gelegateerde goederen op de erfgenamen rust. Anders dan het legaat vloeit de verplichting tot levering van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee voort uit de intentie van de insteller (*lees*: erflater) om een trust – die door de trustee ten behoeve van de (potentiële) begunstigde of ter verwezenlijking van een bepaald doel wordt beheerd – tot stand te brengen. In dat specifieke geval is de levering van de aangewezen goederen aan de beoogde trustee als uitvoeringshandeling slechts onderdeel van één van de twee beschikkingshandelingen die moeten worden verricht teneinde de totstandkoming van de trust en daarmee de creatie van het trust-

96 Vgl. S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 562.

verband teweeg te brengen. De trust is naar mijn mening derhalve een eigensoortige rechtsfiguur – en hierdoor een eigensoortige uiterste wilsbeschikking – waarbij er in casu géén sprake is van een overgang ten titel van legaat, doch van een overgang ten titel van trust.^{97/98}

Op basis van het bovenstaande en hetgeen in hoofdstuk 3 ten aanzien van de testamentaire trust is besproken, dient in mijn visie – om de vraag te beantwoorden op welk tijdstip de testamentaire trust tot stand komt – de afwikkeling van de nalatenschap naar Curaçaos recht op soortgelijke wijze te geschieden als in het Anglo-Amerikaanse recht. Ondanks de fundamentele verschillen met het Anglo-Amerikaanse erfrecht, kan naar mijn mening binnen de grenzen van het Curaçaose erfrecht hetzelfde resultaat worden bereikt indien het volgende wettelijk zou kunnen worden geregeld:

- a. het opnemen van een uitdrukkelijke bepaling voor de instelling van de trust bij uiterste wilsbeschikking;
- b. de wettelijke beperking van de keuzemogelijkheden⁹⁹ van de erfgenaam indien de erflater een trust bij uiterste wilsbeschikking heeft ingesteld en de aangewezen goederen deel uitmaken van de nalatenschap van de insteller;
- c. het te allen tijde toepasselijk verklaren van de vereffeningprocedure op de nalatenschap van de insteller ingeval een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, waarbij de erflater bij uiterste wilsbeschikking een executeur benoemt, dan wel de rechter in eerste aanleg ambtshalve een vereffenaar benoemt;
- d. de introductie van een rangorderegeling ingeval nalatenschapsgoederen – waaronder ook aangewezen trustgoederen – te gelde moeten worden gemaakt ter voldoening van de nalatenschapsschulden;
- e. de verplichting om krachtens de wet een last aan de erfgenamen op te leggen, teneinde de aangewezen goederen op de juiste wijze aan de beoogde trustee toe te vertrouwen indien een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld.

Het eerste wat naar mijn mening wenselijk zou zijn, is dat de Curaçaose wetgever – zoals is voorgesteld voor de instelling van de ‘inter vivos’ trust naar Curaçaos recht – uitdrukkelijk in een afzonderlijke wetsbepaling de

97 Zie ook art. 3:130 lid 1 BWC, waaruit kan worden afgeleid dat het Curaçaose recht naast de soorten uiterste wilsbeschikkingen in titel 4.5 BWC, tevens de trust als uiterste wilsbeschikking kent. Mijns inziens voldoet de Curaçaose trust op grond van art. 4:42 BWC aan de eisen van een testamentaire beschikking.

98 Een uitzondering op het besprokene vormt de situatie waarin de erfgenaam tevens als trustee is benoemd. In dat geval vindt er geen overgang ten titel van trust plaats.

99 Het gaat hier om de wettelijke beperking van de keuzemogelijkheden in die zin dat de erfgenamen de keuze hebben tussen de beneficiaire aanvaarding en de verwerping zoals bedoeld in art. 4:190 BWC.

mogelijkheid tot de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking vastlegt.¹⁰⁰ In dat geval zou het voor de rechtstoepasser – evenals bij de instelling van een ‘inter vivos’ trust – op ondubbelzinnige wijze vaststaan dat de trust bij uiterste wilsbeschikking kan worden ingesteld.

Heeft de insteller (*lees*: erflater) gekozen voor de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking, dan dient mijns inziens voorafgaand aan de totstandkoming van deze trust, de nalatenschap te worden vereffend. Zoals uit art. 4:182 BWC volgt, gaat de nalatenschap krachtens erfopvolging onder algemene titel over op de erfgenamen. Wanneer in het Curaçaose recht een trust bij uiterste wilsbeschikking is ingesteld, zal de nalatenschap bestaan uit de nalatenschapsgoederen, de nalatenschapsschulden en de goederen die als gevolg van de intentie van de erflater op het tijdstip van zijn overlijden zijn aangewezen om onder trustverband te worden geplaatst. De erfgenamen hebben op het tijdstip van het openvallen van de nalatenschap normaliter een drietal keuzemogelijkheden. In verband met het complexe karakter van de trust, zou mijns inziens evenwel wettelijk moeten worden bepaald dat indien een erfgenaam zou kiezen om een nalatenschap te aanvaarden waarin de erflater tevens een aantal goederen heeft aangewezen die onder trustverband moeten worden geplaatst, de aanvaarding uitsluitend beneficiair, met andere woorden, onder het voorrecht van boedelbeschrijving, zou kunnen geschieden.¹⁰¹ Dit zou kunnen worden gerealiseerd door een specifiek artikel op te nemen in titel 4.6.2 BWC.

Indien de nalatenschap door één of meer erfgenamen beneficiair is aanvaard, wordt in beginsel overeenkomstig titel 4.6.3 BWC vereffend.¹⁰² Wanneer de aangewezen goederen die onder trustverband moeten worden geplaatst deel uitmaken van de nalatenschap, moet naar mijn mening – gezien de zorgvuldigheid die moet worden betracht bij de vereffening van een nalatenschap met bijzondere goederen – wettelijk worden bepaald dat de vereffening van de nalatenschap overeenkomstig titel 4.6.3 BWC te allen tijde verplicht is en dient de rechter in eerste aanleg – indien er geen executeur bij uiterste wilsbeschikking is benoemd – in casu ambtshalve een vereffenaar te benoemen. Dit kan eenvoudigweg worden bewerkstelligd door het voorgaande in art. 4:202 BWC op te nemen.

Wanneer de nalatenschap als gevolg van de instelling van een trust bij uiterste wilsbeschikking krachtens het bepaalde in titel 4.6.3 BWC vereffend dient te worden, zal de executeur c.q. vereffenaar de goederen der nalatenschap – waaronder de aangewezen goederen die onder trustverband moeten worden

100 Het genoemde kan desnoods in dezelfde wetsbepaling worden opgenomen waarin alle andere wijzen waarop de instelling van de Curaçaose trust kan geschieden, is geregeld.

101 Bij zuivere aanvaarding vloeien de privégoederen van de erfgenamen met het geërfde vermogen – waaronder de aangewezen goederen die onder trustverband moeten worden geplaatst – door elkaar.

102 Art. 4:195 jo. art. 4:202 BWC

geplaatst – ingevolge art. 4:215 BWC te gelde dienen te maken, voor zover dit voor de voldoening van de schulden der nalatenschap nodig zal zijn. In aanvulling op deze regeling zou de Curaçaose wetgever mijns inziens een bijzondere bepaling op moeten nemen waarin wordt bepaald dat de nalatenschapsgoederen als eerste te gelde moeten worden gemaakt. Pas op het moment dat alle nalatenschapsgoederen te gelde zijn gemaakt, komen de aangewezen trustgoederen hiervoor in aanmerking. Wordt dit niet wettelijk geregeld, dan zouden de trustgoederen onnodig te gelde kunnen worden gemaakt met als gevolg dat de testamentaire trust niet tot stand kan worden gebracht, dan wel niet alle aangewezen goederen onder trustverband zouden kunnen worden geplaatst indien het saldo van de nalatenschap positief is.

Is de vereffening krachtens het bepaalde in titel 4.6.3 BWC voltooid en met een overschot beëindigd, dan dient de executeur c.q. de vereffenaar, op grond van art. 4:226 BWC de overgebleven goederen – inclusief de aangewezen trustgoederen – aan de erfgenamen af te geven. Indien de aangewezen trustgoederen deel uitmaken van de overgebleven goederen, kan het toevertrouwen aan de trustee naar mijn mening wettelijk zo worden geregeld dat aan de erfgenamen een krachtens de wet geïndiceerde last wordt opgelegd om ter uitvoering van de trust, de trustgoederen ten titel van trust over te dragen aan een derde die trustee wordt.¹⁰³ Hoewel de overdracht in dit specifieke geval ten titel van trust geschiedt, is er naar ik meen in een dergelijk geval sprake van een verkrijging krachtens erfrecht. Dit heeft tot gevolg dat de testamentaire trust pas op het tijdstip van verkrijging door de trustee – in casu na de voltooiing van de levering door de erfgenamen – tot stand komt. Is de erfgenaam echter tevens als trustee benoemd, dan worden de trustgoederen aan hem afgegeven en blijft een overdracht achterwege. In dat geval kan de Curaçaose wetgever het beste opteren om wettelijk te vast te leggen dat de rechter in eerste aanleg, onmiddellijk na de beëindiging van de bovenbeschreven vereffeningprocedure, ambtshalve een beschikking afgeeft waarin wordt verklaard dat de vereffeningprocedure ten einde is gekomen. In dat geval komt de testamentaire trust tot stand op de datum van de afgifte van de rechterlijke beschikking. Wanneer het saldo der nalatenschap na de vereffeningprocedure ontoereikend is en er blijven geen trustgoederen over, komt géén testamentaire trust tot stand.

Voor wat betreft de verkrijging van de bundel van rechten, verplichtingen en remedies door de (potentiële) begunstigde bij een testamentaire trust, geschiedt deze van rechtswege. Ik kwalificeer een dergelijke verkrijging – anders dan het toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de beoogde

103 Men vergelijkte in dit kader art. 4:135 lid 2 jo. lid 3 BWC, met dien verstande dat de trust te allen tijde wordt ingesteld bij notariële akte en de belanghebbenden bij de trust – men denke hierbij bijvoorbeeld aan de trustee in spe of de aangewezen (potentiële) begunstigten – kunnen vorderen dat de erfgenamen op wie de last rust, worden veroordeeld door de rechter in eerste aanleg tot de instelling van de testamentaire trust.

trustee – als een verkrijging krachtens legaat. Hierbij zij overigens opgemerkt dat een aanwijzing als potentiële begunstigde¹⁰⁴ van nog niet bestaande natuurlijke of rechtspersonen bij een testamentaire trust mogelijk is, gelet op het feit dat het bepaalde in art. 3:153 lid 1 BWC mijns inziens – hoewel dit niet direct uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid – een uitzondering vormt op de bestaans eis van art. 4:56 BWC. Het is evenwel naar mijn mening wenselijk dat de Curaçaose wetgever deze uitzondering expliciet in art. 4:56 BWC opneemt.

Indien de Curaçaose wetgever voor de bovenbeschreven wijze van boedelafwikkeling kiest, wordt zonder meer rekening gehouden met zowel de belangen van de nalatenschapsschuldeisers als de bedoeling van de insteller om een testamentaire trust in het leven te roepen. Voorts wordt de rechtsonzekerheid omtrent de totstandkoming van de testamentaire trust zonder al te ingrijpende wijzigingen van het Curaçaose erfrecht opgelost.

Ten slotte is het in dit kader vermeldenswaard dat de legitieme portie met de inwerkingtreding van de Landsverordening erfrecht en schenking per 1 januari 2012 is afgeschaft, zodat er geen rekening behoeft te worden gehouden met de legitimaris bij de afwikkeling van de nalatenschap naar Curaçaos recht.¹⁰⁵

3.6 Het stellen van voorwaarden aan het plaatsen van een onderneming of aandeel in een personenvennootschap onder trustverband

In paragraaf 3.3.5.2 is reeds uiteengezet dat het plaatsen van een onderneming c.q. aandeel in een personenvennootschap onder trustverband kan resulteren in een actio pauliana, met als gevolg dat de betrokken notaris dienst zal moeten weigeren teneinde beroepsaansprakelijkheid te voorkomen. Om te voorkomen dat de notaris stelselmatig tot dienstweigering overgaat en ter waarborging van de belangen van de betrokken derden moet de Curaçaose wetgever naar mijn mening een bepaling in de trustwetgeving opnemen waarin een aantal wettelijke voorwaarden worden gesteld aan het plaatsen van ondernemingsactiva onder trustverband.

De insteller die een Curaçaose trust wil instellen waarbij hij ondernemingsactiva onder trustverband plaatst zou aan de volgende wettelijke voorwaarden moeten voldoen:

¹⁰⁴ Hiermee wordt in casu bedoeld dat deze personen onderdeel uitmaken van de groep der potentiële begunstigten van de trust.

¹⁰⁵ MvT Landsverordening erfrecht en schenking, *Publicatieblad* 2011, nr. 68, p. 1-3.

1. hij moet een accountsverklaring aan de notaris kunnen overleggen waaruit blijkt dat er sprake is van een financieel gezond(e) onderneming of samenwerkingsverband;¹⁰⁶ en
2. hij moet andere positieve vermogensbestanddelen (goederen) in zijn vermogen kunnen aanwijzen waarop de schuldeisers van de onderneming of het samenwerkingsverband zich kunnen verhalen.

Wordt er niet aan de bovengenoemde voorwaarden voldaan, dan is het voor de insteller niet mogelijk om ondernemingsactiva onder trustverband te plaatsen.

3.7 Verlening voorrecht trustee voor het voorschieten van trustkosten uit privévermogen

Zoals in paragraaf 3.3.5.3 is uiteengezet, kan een trustee in de uitoefening van zijn functie schulden aangaan gedurende het bestaan van de trust en is hiervoor in beginsel in hoedanigheid van trustee aansprakelijk. De situatie kan zich voordoen waarin de trustee in die hoedanigheid kosten heeft gemaakt ten behoeve van de trust die hij voorschiet uit zijn privévermogen en het trustfonds niet toereikend is om alle trustkosten c.q. schulden te voldoen.^{107/108} In dergelijke gevallen acht ik het wenselijk dat de Curaçaose wetgever aan de trustee een voorrangrecht verleent in de vorm van een algemeen voorrecht, dan wel een wettelijk voorrangrecht als bedoeld in art. 3:278 lid 1, slot BWC, om de kosten die hij uit zijn privévermogen ten behoeve van de trust heeft voorgeschooten met voorrang te verhalen op de netto-opbrengst van het trustfonds.^{109/110}

106 Dit betekent dat onderzoek dient te worden gedaan naar de levensvatbaarheid van de onderneming of samenwerkingsverband.

107 Het ligt voor de hand dat bij de samenloop van verhaalsrechten binnen het Curaçaose trustrecht het bepaalde in art. 3:278 BWC van toepassing is.

108 Art. 3:157 lid 1 BWC bepaalt dat in beginsel de uitgaven van een trustee en andere bevoegde personen die bevoegd zijn gedaan, alsmede de aan de trustee toekomende beloning, in de eerste plaats ten laste van het zuiver inkomen uit het trustfonds en vervolgens uit het trustfonds. Aan de solvabiliteit van het trustfonds en de situatie waarin de trustee in hoedanigheid in faillissement verkeert besteedt de memorie van toelichting geen aandacht.

109 Dit zal naar mijn mening echter moeten worden uitgesloten indien de trustee handelt in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen.

110 In het Anglo-Amerikaanse trustrecht heeft de trustee in dit soort gevallen een 'equitable lien' op het trustfonds. Zie hiervoor o.a.: R. Wilson, *Halsbury's Laws of England. Trusts and Powers* (volume 98), London: LexisNexis 2019, nr. 344; A. Walder, *Halsbury's Laws of England. Lien* (volume 68), London: LexisNexis 2021, nrs. 903, 978.

3.8 Aanpassing en uitbreiding van de (goederenrechtelijke) remedies van de (potentiële) begunstigde in het Curaçaose trustrecht

3.8.1 *Aanpassing van de wetsebepaling ter zake van de goederenrechtelijke opvorderingsactie*

Ondanks het feit dat Curaçao als land met een continentaal rechtssysteem een vernieuwende stap heeft gezet met de introductie van een goederenrechtelijke remedie in zijn trustrecht – de goederenrechtelijke opvorderingsactie van de (potentiële) begunstigde, vertoont deze remedie een aantal tekortkomingen die de uitoefening ervan veelal zal beletten. Op welke wijze zou de Curaçaose wetgever deze tekortkomingen het beste kunnen opheffen? In het onderstaande wordt een aantal alternatieven besproken die bij kunnen dragen aan een betere toepassing van de bevoegdheid tot terugvordering.

Allereerst brengt het regelend karakter van art. 3:156 lid 3 BWC met zich dat één van de meest fundamentele bevoegdheden binnen het trustrecht, de bevoegdheid van de (potentiële) begunstigde of protector tot terugvordering van de trustgoederen in geval van een 'breach of trust', bij trustakte kan worden uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat de handhaving van de Curaçaose trust door de (potentiële) begunstigde of protector niet op een doeltreffende wijze zal kunnen geschieden, hetgeen de werking van de trust belet.¹¹¹ Om dit probleem te ondervangen dient mijns inziens het bepaalde in art. 3:156 lid 3 BWC van dwingend recht te zijn. Wijkt de insteller hier niettemin van af, dan is een dergelijk beding nietig.

Verder levert de formulering van art. 3:156 lid 2 BWC thans ten aanzien van trustgoederen die geen zaken zijn, problemen op. Op basis van het bepaalde in art. 3:156 lid 2 BWC kunnen behoudens derdenbescherming alle tot het trustfonds behorende goederen worden teruggevorderd. Zoals uit paragraaf 3.3.9.2.4 reeds is gebleken, is het thans niet mogelijk om vermogensrechten in goederenrechtelijke zin terug te vorderen. Dit impliceert dat enkel trustzaken waarover de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen heeft beschikt, vatbaar zijn voor terugvordering. Art. 3:156 lid 2 BWC dient derhalve op zodanige wijze te worden geformuleerd dat de bevoegdheid tot terugvordering uitsluitend betrekking heeft op trustzaken.

Ten slotte kent art. 3:156 lid 3 BWC – naast de begunstigde (*lees ook*: (potentiële) begunstigde) – aan de protector de bevoegdheid tot terugvordering toe. Het lijkt erop dat de protector deze bevoegdheid te allen tijde mag uitoefenen.¹¹² Een protector voert evenwel, anders dan een (potentiële) begunstigde, een toezichthoudende functie uit en heeft in die hoedanigheid geen (economische) belangen in de trust. Om deze reden ben ik van mening dat aan de

¹¹¹ Zie paragraaf 3.3.9.2.4.

¹¹² De memorie van toelichting vermeldt hier verder niets over. Zie in dit kader: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 13.

protector dan ook geen goederenrechtelijke middelen behoeven te worden verleend, teneinde zijn belangen te beschermen. Ik pleit derhalve voor de toekenning van de bevoegdheid tot terugvordering aan de protector louter in dié gevallen waarin hij is benoemd vanwege het feit dat de (potentiële) begunstigde zijn (economische) belangen in de trust zelf niet kan behartigen, dan wel een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel is ingesteld. Is de (potentiële) begunstigde wel in staat om zijn (economische) belangen te behartigen, dan komt deze bevoegdheid niet aan de protector toe.

3.8.2 *Introdactie van een voorrangsrecht voor de (potentiële) begunstigde in geval van een 'breach of trust'*

Binnen het Curaçaose trustrecht kunnen niet enkel oorspronkelijke trustzaken worden teruggevorderd. Art. 3:156 lid 3 BWC bepaalt dat terugvordering tevens mogelijk is ten aanzien van trustgoederen (*lees*: trustzaken) die in de plaats van de oorspronkelijke trustgoederen zijn getreden.¹¹³ Deze mogelijkheid tot terugvordering kan echter in bepaalde gevallen worden bemoeilijkt. Allereerst kan de goederenrechtelijke bevoegdheid tot terugvordering niet worden uitgeoefend wanneer de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen heeft beschikt over (relatieve) vermogensrechten die tot het trustfonds hebben behoord en de verkrijger geen derdenbescherming geniet. Tevens kan een goederenrechtelijke terugvordering worden verhinderd indien de tot het trustfonds behorende goederen worden verkregen:

- i. door derden niet te goeder trouw en *anders dan om niet*; dan wel
- ii. door derden te goeder trouw, doch *om niet*;

en deze trustgoederen vervolgens met goederen uit hun privévermogen samengaan, waardoor wijzigingen in de eigendomsverhoudingen plaatsvinden als gevolg van natrekking, zaaksvorming of (oneigenlijke) vermenging.¹¹⁴ Terugvordering kan ten slotte worden belemmerd in gevallen waarin een trustee goederen in privé verkrijgt die hij gefinancierd heeft met goederen die afkomstig zijn uit het trustfonds.¹¹⁵

113 Het gemelde is mijns inziens geen vreemd concept. Ik acht de revindicatie van gesubstitueerde zaken in het algemeen eveneens mogelijk, gelet op het feit dat een eigenaar dezelfde eigendomsaanspraken op een zaak behoudt na het intreden van zaaksvervanging. Zie voor de toepassing en de werking van zaaksvervanging in het algemeen o.a.: J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

114 Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de situatie waarin een derde niet te goeder trouw een niet kostbare edelsteen die tot het trustfonds behoort, anders dan om niet verkrijgt en vervolgens in een kostbare platinaring plaatst. Als gevolg van zaaksvorming gaat de edelsteen – die bestanddeel wordt van de platinaring – aldus tot het vermogen van de derde behoren. Zie in dit kader tevens artt. 5:14, 5:15 en 5:16 BWC.

115 Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin de trustee in strijd met zijn trustrechtelijke verplichtingen 300.000 euro aan zichzelf uitkeert om vervolgens een woning ter waarde van 500.000 euro in privé te verwerven.

In de bovenbeschreven situaties kan de trustrechtelijke schending tot (eigendoms)verlies van de trustgoederen leiden en hebben de (potentiële) begunstigten enkel een vordering tot vergoeding van de waarde van het trustgoed dat deel heeft uitgemaakt van het trustfonds. Om de aanspraken op het trustfonds in dergelijke gevallen te beschermen, dan wel het (eigendoms)verlies te compenseren, is het naar mijn mening wenselijk dat de Curaçaose wetgever binnen de grenzen van het Curaçaose goederenrecht een voorrangrecht aan de (potentiële) begunstigde zou toekennen om deze vordering tot vergoeding van de waarde van het betreffende trustgoed, bij voorrang te verhalen.¹¹⁶ Dit kan naar ik meen onder andere in de vorm van een wettelijk pandrecht op de opbrengst van het trustgoed dat gezamenlijk toekomt aan de (potentiële) begunstigten, waarbij bij niet-uitbetaling van hetgeen is verschuldigd, het verkregen goed kan worden uitgewonnen.^{117/118} Deze uitwinning kan op soortgelijke wijze geschieden als bedoeld in art. 3:259 lid 3 BWC. Een vergelijkbaar doch een minder sterk recht betreft een voorrecht ex art. 3:278 lid 2 BWC dat aan de vordering tot waardevergoeding van het trustgoed kan worden verbonden.¹¹⁹ Hierbij verkrijgt de (potentiële) begunstigde een voorrecht op het betreffende (gesubstitueerde) goed dat in het bezit is van de trustee of een derde die geen derdenbescherming geniet.¹²⁰ Een

116 Ingeval goederen door de trustee in privé worden verkregen die voor meer dan 50% zijn gefinancierd zijn door goederen die afkomstig zijn uit het trustfonds, zou de Curaçaose wetgever alternatief kunnen kiezen voor het opnemen van specifieke bepalingen van (oneigenlijke) zaaksvervangings in titel 3.6 BWC. Men denke in casu bijvoorbeeld aan een regeling vergelijkbaar met het bepaalde in art. 1:124 (oud) BW of art. 4:24 BWC waarbij de door de trustee verkregen goederen in privé in dergelijke gevallen tot het trustfonds gaan behoren. De vraag in dit specifieke geval is of deze benadering al met al tot een bevredigende oplossing leidt. Zie voor oneigenlijke zaaksvervangings: A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangings* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 98 e.v.; J.B. Spath, *Zaaksvervangings* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, par. 5.4.

117 Aangezien het niet bij voorbaat bekend is op welk goed precies het wettelijk zekerheidsrecht zal komen te rusten, kan een wettelijk zekerheidsrecht op het goed zelf voor complicaties zorgen. Men denke in casu aan de situatie waarin registergoederen zijn betrokken. In dat geval is een wettelijk hypotheek op een dergelijke goed in het huidige recht naar ik aanneem niet wenselijk en zelfs uitgesloten. Vandaar dat hier gekozen is voor een wettelijk pandrecht op de opbrengst van het goed.

118 Zie voor een uiteenzetting van art. 3:259 BWC in het Curaçaose recht: M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 265-267. Vgl. ook: G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak & T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 672.

119 Voor de uiteenzetting van het karakter en de werking van voorrechten vgl.: J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Monografieën BW nr. B13)*, Deventer: Kluwer 2017; A.I.M. van Mierlo & K.J. Krzeminski, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 12, 466 t/m 495; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 756-776.

120 Zie titel 3.10.2. BWC.

andere mogelijkheid die de Curaçaose wetgever naar mijn oordeel zou kunnen overwegen is het opnemen van een specifieke bepaling – en daarmee een wettelijk voorrangrecht zoals bedoeld in art. 3:278 lid 1 BWC – in titel 3.6. BWC op grond waarvan de (potentiële) begunstigde in de bovenvermelde gevallen met voorrang de waarde van het betreffende trustgoed kan verhalen op de netto-opbrengst van het betreffende goed.¹²¹

Indien de Curaçaose wetgever voor één van de voorgestelde regelingen kiest, zou de goederenrechtelijke remedies in het Anglo-Amerikaanse trustrecht binnen het Curaçaose goederenrechtelijk systeem ten dele kunnen worden nagebootst. Dit correspondeert alsdan met het feit dat (potentiële) beneficiarissen in het Anglo-Amerikaanse trustrecht – voor zover dat mogelijk is – schuldeisers zijn die voorrang genieten.¹²²

121 In casu creëert de Curaçaose wetgever een wettelijke grond voor voorrang in zin van art. 3:278 lid 1, slot BWC (“de andere in de wet aangegeven gronden”). Zie ook: M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 989-990. Vgl. ook: A.I.M. van Mierlo & K.J. Krzeminski, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 13; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 601.

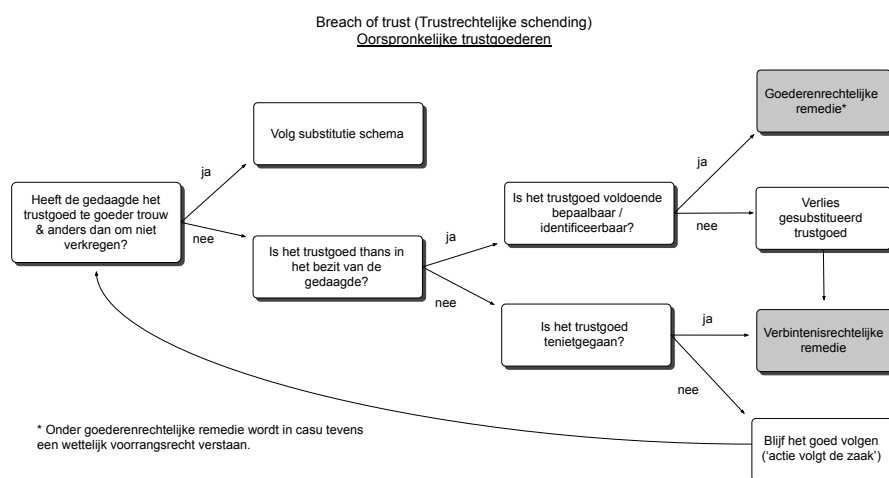
122 In de uitspraak van de Privy Council *Space Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce Trust Co. (Bahamas) Ltd.* [1986] 1 W.L.R. 1072, speelde de vraag of beneficiarissen van een trust in het faillissement van een bank die als trustee optrad en trustgelden bij zichzelf in deposito had geplaatst, de trustgelden met voorrang konden verhalen boven crediteuren van de bank die geen zekerheid hadden bedongen. Het volgende werd opgemerkt (p. 1074): “[...] customers and other unsecured creditors voluntarily accept the risk that the trustee bank might become insolvent and unable to discharge its obligations in full. On the other hand, the settler of the trust and the beneficiaries interested under the trust, never accept any risks involved in the possible insolvency of the trustee bank. On the contrary, the settler could be certain that if the trusts were lawfully administered, the trustee bank could never make use of trust money for its own purposes and would always be obliged to segregate trust money and trust property in the manner authorised by law and by the trust instrument free from any risks involved in the possible insolvency of the trustee bank. It is therefore equitable that where the trustee bank has unlawfully misappropriated trust money by treating the trust money as though it belonged to the bank beneficially, merely acknowledging and recording the amount in a trust deposit account with the bank, then the claims of the beneficiaries should be paid in full out of the assets of the trustee bank in priority to the claims of the customers and other unsecured creditors of the bank.[...]”.

Zie ook *In re Hallett's Estate* [1880] 13 Ch.D. 696, p. 719, waarin het volgende wordt vermeld: “[...] that if a man mixes trust funds with his own, the whole will be treated as the trust property, except so far as he may be able to distinguish what is his own,” that is, that the trust property comes first”.

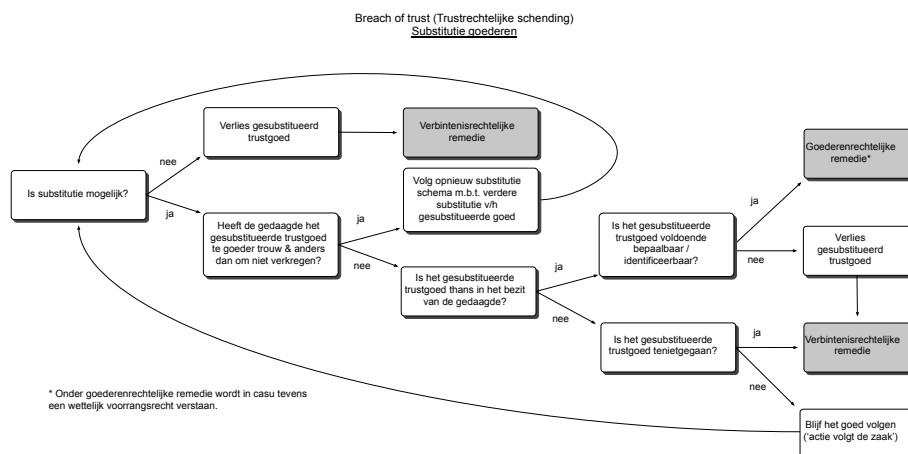
3.8.3 Proces ter bepaling van remedies van de (potentiële) begunstigde bij een 'breach of trust'

Omwille van de duidelijkheid en de volledigheid wordt het proces ter bepaling van de remedies van een (potentiële) begunstigde in het onderstaande schematisch weergegeven.

1. Proces oorspronkelijke trustgoederen



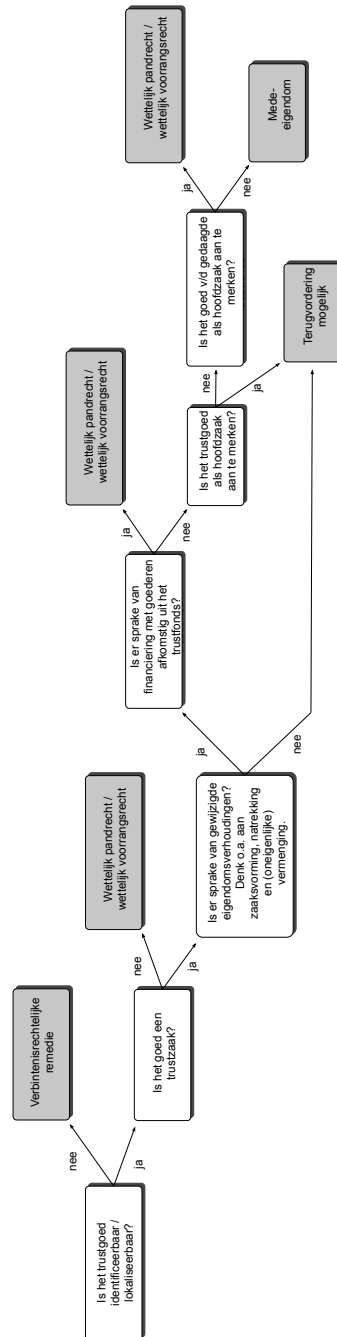
2. Proces substitutiegoederen



3. Remedies

Breach of trust (Trustrechtelijke schending)

Remedies



3.9 Introductie van een algemene beperking op de beschikkingsbevoegdheid van de trustee

Thans bepaalt de Curaçaose trustwet dat de trustee in beginsel onbeperkte beschikkingsbevoegdheid heeft. De verplichtingen van de trustee jegens de (potentiële) begunstigde voortvloeiende uit het trustverband dat op de aangewezen goederen rust, brengen evenwel mijns inziens – vanwege het goederenrechtelijk effect van het trustverband – een algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee in het Curaçaose recht teweeg.¹²³ De trustee dient immers – ongeacht de strekking van het trustverband – in het belang van de (potentiële) begunstigde te handelen. Laat de trustee dit na, dan wordt zijn beschikkingsbevoegdheid vanwege het goederenrechtelijk effect van het trustverband beperkt. Teneinde het voorgaande duidelijk tot uitdrukking te brengen, is het naar mijn mening aan te bevelen dat de Curaçaose wetgever wettelijk vastlegt dat de trustee over een trustgoed kan beschikken, voor zover uit de rechtsverhouding tussen de trustee en de (potentiële) begunstigde niet anders voortvloeit.

3.10 Verruiming bescherming van opvolgende verkrijgers te goeder trouw bij een 'breach of trust'

Een vierde of opvolgende verkrijger die een trustgoed te goeder trouw en anders dan om niet heeft verkregen van een derde-verkrijger die niet te goeder trouw is, wordt in het huidige Curaçaose trustrecht voor wat betreft een overdracht anders dan waarop art. 3:86 BWC van toepassing is, niet beschermd tegen een ongeldige eigendomsoverdracht ex art. 3:88 lid 1 BWC.¹²⁴ Krachtens het bepaalde in art. 3:88 BWC wordt enkel derdenbescherming geboden aan een derde-verkrijger indien de beschikkingsonbevoegdheid het gevolg is van de ongeldigheid van een eerdere overdracht die veroorzaakt is door een titel- of leveringsgebrek.¹²⁵ Bij een 'breach of trust' vloeit de beschikkingsonbevoegdheid van de rechthebbende echter voort uit een gebrek in de beschikkingsonbevoegdheid van een eerdere overdracht. Het ontbreken van wettelijke bescherming van de opvolgende verkrijger die te goeder trouw en anders dan om niet heeft verkregen, leidt ertoe dat de (potentiële) begunstigden ondanks de goede trouw van de opvolgende verkrijger, de hun ter beschikking staande remedies kunnen aanwenden met het verlies van het betreffende trustgoed

¹²³ Zie paragraaf 3.3.9.2.4.

¹²⁴ Zie paragraaf 3.3.9.2.4.

¹²⁵ M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 756-757. Vgl. ook: W.H.M. Reehuis & E.F. Verheul, *Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid (Monografieën BW nr. B6d)*, Deventer: Kluwer 2022, nrs. 28 t/m 35.

voor de opvolgende verkrijger tot gevolg. Om in de voornoemde leemte in de wet te voorzien, moet de Curaçaose wetgever wettelijk bepalen dat de ongeldigheid van beschikking door de rechthebbende als bedoeld in art. 3:88 BWC die voortvloeit uit het effect van het trustverband, niet in de weg staat aan de geldigheid van een latere overdracht daarvan indien de derde-verkrijger te goeder trouw is en anders dan niet heeft verkregen.¹²⁶

3.11 Kenbaarmaking trustbepalingen in het handelsregister die betrekking hebben op rechten van derden

Ondanks het feit dat art. 3:140 lid 4 BWC voorschrijft dat de beschikkingsonbevoegdheid van de trustee aan bepaalde derden kan worden tegengeworpen indien deze is ingeschreven in het trustregister, heeft de Curaçaose wetgever besloten met de inwerkingtreding van de Landsverordening Trust de invoering van het voornoemde register achterwege te laten.¹²⁷ Ten gevolge hiervan – de derde zal immers vaker te goeder trouw zijn vanwege het ontbreken van het bedoelde register – kan de (potentiële) begunstigde momenteel in het Curaçaose recht minder vaak met succes een beroep doen op de hem toekomende remedies bij een ‘breach of trust’. Dit euvel kan het beste worden gerepareerd door in titel 3.6 BWC, dan wel in het Handelsregisterbesluit 2009 te bepalen dat in aanvulling op het bepaalde in art. 5 lid 2 Handelsregisterverordening 2009¹²⁸, in het handelsregister over een trust voorts wordt opgenomen al hetgeen de trustakte bevat ter bepaling van de rechten van derden.¹²⁹ Zodoende wordt er voldaan aan de eis van kennis van het trustverband zoals bedoeld in art. 3:140 lid 4 BWC en past een dergelijke oplossing binnen het Curaçaose handelsregistersysteem zonder dat de invoering van een speciaal trustregister noodzakelijk is.

¹²⁶ Het bepaalde in art. 4:168 lid 2 BWC dient in casu als inspiratiebron met dien verstande dat in dit specifieke geval de vierde-verkrijger naast de goede trouw – evenals in het Anglo-Amerikaanse recht – tevens anders dan om niet moet hebben verkregen. Zie in dit kader ook: M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Bju 2016, p. 1173-1174; Vgl. ook: M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 622-623; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 738.

¹²⁷ Zie hiervoor paragraaf 3.3.9.2.4.

¹²⁸ Deze bepaling stipuleert welke gegevens van een trust in het handelsregister dienen te worden ingeschreven.

¹²⁹ Men vergelijk deze formulering met het Nederlandse art. 19 Handelsregisterbesluit 2008.

3.12 Vastlegging opvolgende benoeming van een trustee na de totstandkoming van de trust in de wet

In paragraaf 3.3.7 is eerder geconstateerd dat de vigerende Curaçaose trustwet geen wettelijke bepaling bevat op basis waarvan een benoeming van een trustee na de instelling van de trust kan geschieden. Enkel indien een trustee komt te ontbreken, dan wel een benoemingsbeding in de trustakte is opgenomen, is de benoeming van een trustee gedurende het bestaan van de trust mogelijk.^{130/131} Voorts bestaat thans onzekerheid met betrekking tot de vraag of aan een opvolgende benoeming van een trustee, bijzondere vormvoorschriften zijn verbonden. Om de betrokkenen bij de trust in casu – naast de in de wet genoemde gevallen – meer mogelijkheden te geven, is het gewenst indien de Curaçaose wetgever wettelijk zou regelen dat trustees na de totstandkoming van de trust kunnen worden benoemd door de insteller, protector, dan wel een andere in de trustakte aangewezen persoon aan wie deze bevoegdheid is verleend. Omwille van de rechtszekerheid en het feit dat de aangewezen trustee bij aanvaarding van zijn functie de trustgoederen van rechtswege onder algemene titel verkrijgt, acht ik de benoeming en aanvaarding bij notariële akte noodzakelijk.

3.13 Verplichte aflegging rekening en verantwoording door de trustee en bescherming van het recht op behoorlijk beheer van de (potentiële) begunstigde

De verplichting van de trustee tot aflegging van rekening en verantwoording over het door hem gevoerde beheer – en derhalve het recht van de (potentiële) begunstigde op rekening en verantwoording – is op grond van het thans geldende art. 3:137 lid 3 BWC van regelend recht, hetgeen betekent dat deze verplichting bij trustakte kan worden uitgesloten. Hierin schuilt het gevaar dat het feit dat de trustee niet hoeft te worden onderworpen aan controle over zijn beheer, tot gevolg kan hebben dat zijn trustrechtelijke schendingen onopgemerkt blijven.¹³² Een hiermee nauw samenhangend recht betreft bovendien het recht op inzage van de trustdocumenten. Ook dit recht heeft in het Curaçaose trustrecht een regelend karakter en kan aldus bij trustakte worden uitgesloten. Ter bescherming van deze rechten van de (potentiële) begunstigde dient de Curaçaose wetgever naar mijn mening te bepalen dat de wetsbepaling ter zake van de (jaarlijkse) aflegging van rekening en verantwoording en verlening van inzage in de trustdocumenten, van dwingend recht is. Derhalve zou bij trustakte hiervan niet kunnen worden afgeweken.

130 Art. 3:144 BWC.

131 Er wordt in casu onder andere geen rekening gehouden met belet van de trustee.

132 Zie paragraaf 3.3.9.2.1.

Ten slotte kent het huidige Curaçaose trustrecht het recht op informatie inzake het zijn van een (potentiële) begunstigde niet. Het is mijns inziens met betrekking hiertoe aanbevelenswaardig om wettelijk vast te leggen dat voor zover de trustakte niet anders bepaalt, iedere (potentiële) begunstigde over zijn rechten en bevoegdheden ten aanzien van de trust, door de trustee moet worden geïnformeerd. Bepaalt de trustakte evenwel dat de (potentiële) begunstigde door de trustee niet mag worden ingelicht over zijn positie, dan zou de benoeming van een protector naar mijn oordeel – zoals reeds is betoogd in paragraaf 4.3.2 – in dat geval wettelijk verplicht moeten worden gesteld zodat de protector de rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies van de niet in kennis gestelde (potentiële) begunstigde kan uitoefenen. De uitsluiting van het recht van informatie dient de overige rechten en bevoegdheden van de (potentiële) begunstigde onverlet te laten.

3.14 Verruiming gronden voor beëindiging trust

Hoewel art. 3:159 BWC de gronden geeft voor beëindiging van de trust (*lees*: opheffing van het trustverband), mist de Curaçaose wetgever mijns inziens andere dan in de wet genoemde gronden die evenzeer leiden tot het einde van trust. Men denke hierbij onder andere aan de herroeping van de trust, in de bij trustakte bepaalde gevallen, onvoorziene omstandigheden of de situatie waarin een trustee is gedefungeerd en binnen een jaar geen nieuwe trustee worden benoemd. Dergelijke gronden dienen derhalve eveneens aan art. 3:159 BWC te worden toegevoegd, met dien verstande dat in geval van onvoorziene omstandigheden, de rechter in eerste aanleg – op verzoek een (potentiële) begunstigde of belanghebbende – tot de opheffing van de trust bevoegd is.

3.15 Overige oplossingen c.q. suggesties ter verbetering van de Curaçaose trustwetgeving

3.15.1 *Algemene wetsbepaling voor het creëren van trustrechtelijke bevoegdheden bij de trustakte*

In het Curaçaose trustrecht kunnen velerlei soorten trustrechtelijke bevoegdheden worden gecreëerd, die op diverse wijzen kunnen worden vormgegeven. De aard van de trustrechtelijke bevoegdheden die in het kader van de trust worden verleend, zal veelal afhangen van de strekking van het trustverband en daarmee van de aard van de trust. De Curaçaose wetgever heeft mijns inziens echter met de invoering van het huidige art. 3:139 lid 1 BWC – waarin een aantal bevoegdheden zijn opgesomd die niet noodzakelijkerwijs corresponderen met de aard van verschillende typen trust – hiermee onvoldoende

rekening gehouden. Teneinde de diversiteit van trustrechtelijke bevoegdheden in aanmerking te nemen, kan in mijn ogen in casu het beste worden gekozen voor een algemene bepaling waarin – behoudens het bepaalde in art. 3:132 BWC – wordt vastgelegd dat trustrechtelijke bevoegdheden bij trustakte in het leven kunnen worden geroepen, tenzij deze in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling, de goede zeden of de openbare orde, en voor zover de aard van de trust zich hiertegen niet verzet.^{133/134}

Voor wat betreft het bepaalde in art. 3:139 leden 2 en 3 BWC, dienen die leden – gelet op het feit dat de trustee te allen tijde in het belang van een (potentiële) begunstigde, dan wel het omschreven doel dient te handelen – naar ik meen een dwingendrechtelijk karakter te hebben.

3.15.2 Te allen tijde kenbaar maken van de hoedanigheid van trustee aan de wederpartij

Krachtens art. 3:136 lid 3, eerste volzin BWC behoeft een trustee, indien in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevergd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is, zijn hoedanigheid van trustee niet kenbaar te maken. Een dergelijke bepaling is mijns inziens voor de rechtstoepasser evenwel onduidelijk, aangezien de memorie van toelichting niet aangeeft in welke situaties het toepasselijke recht en de verkeersopvattingen de openbaring van de hoedanigheid van trustee aan een derde beletten.¹³⁵ Dit is derhalve in strijd met hetgeen de Curaçaose wetgever met het trustontwerp voor ogen had, namelijk

133 Een voorbeeld waarbij de aard van de trust zich verzet betreft de situatie waarin een trust wordt ingesteld ter bescherming van antieke goederen en aan de trustee een bevoegdheid tot belegging wordt verleend. Terzijde merk ik op dat bij misbruik van een trustrechtelijke bevoegdheid door degene aan wie deze is verleend, een beroep kan worden gedaan op het bepaalde in art. 3:13 BWC.

134 Voor wat betreft de bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde kan de Curaçaose wetgever in afwijking van het bovenvermelde ook kiezen om een specifieke bepaling in de wet op te nemen waarbij de aanwijzing van een begunstigde wordt geregeld. De wetgever kan dit gestalte geven door bijvoorbeeld vast te leggen dat de persoon anders dan de trustee aan wie een bevoegdheid tot aanwijzing is verleend, door een schriftelijke mededeling aan de trustee één of meer personen als begunstigde kan aanwijzen. Ten aanzien van de wijze waarop de uitkering dient te geschieden kan worden bepaald dat de trustee verplicht is – na overlegging van bewijsstukken waaruit blijkt dat de aanwijzing heeft plaatsgevonden en de verifiëring van de identiteit van de begunstigde – om het desbetreffende goed aan de aangewezen begunstigde uit te keren nadat zijn recht op overdracht opeisbaar is geworden. Voor de vormgeving van een dergelijke bepaling kan de Curaçaose wetgever naar mijn mening inspiratie putten uit titel 7.17 BWC.

135 Overigens begrijp ik de verwijzing naar het toepasselijke recht niet. Het toepasselijke recht kan in casu enkel het Curaçaose recht zijn, gelet op het feit dat de trustee naar wie in dit artikel wordt verwezen, de trustee is van een trust die conform het bepaalde in titel 3.6 BWC is ingesteld.

optimale transparantie.¹³⁶ Teneinde aan de wens van optimale (financiële) transparantie te voldoen en ter voorkoming van misbruik van de Curaçaose trust, pleit ik voor een wijziging van het bepaalde in art. 3:136 lid 3, eerste volzin BWC, waarbij wordt vastgelegd dat de trustee – op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid – te allen tijde aan de wederpartij kenbaar maakt dat hij handelt in de hoedanigheid van trustee.

3.15.3 Overdracht ten titel van schenking wordt geacht overdracht ten titel van trust te zijn

Zoals in paragraaf 3.3.3.5 is uiteengezet, kan het voorkomen dat de insteller c.q. inbrenger een schenking doet aan de trust, door goederen aan de trustee over te dragen die bestemd zijn voor de (potentiële) begunstigden of het betreffende doel en die te zijner tijd aan hen of op grond van het doel zullen worden uitgekeerd. Indien zulks geschiedt, is het wenselijk indien de Curaçaose wetgever een fictie in de wet zou opnemen waarin is bepaald dat iedere overdracht ten titel van schenking aan de trustee in het kader van de trust, geacht wordt een overdracht ten titel van trust te zijn.

3.15.4 Uitsluiting plaatsing toekomstige goederen onder trustverband bij de instelling van de trust

Toekomstige goederen kunnen in het Curaçaose trustrecht – gezien het feit dat zij nog niet bestaan op tijdstip van de instelling van de trust en de insteller derhalve met betrekking hiertoe beschikkingsonbevoegd is, waardoor het trustverband niet kan ontstaan – niet bij voorbaat worden geleverd bij de instelling van de trust.¹³⁷ Gelet op het vorenstaande kan de levering van toekomstige goederen bij de instelling van de trust naar mijn mening het beste wettelijk worden uitgesloten. In casu zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de toevoeging van deze beperking aan het bepaalde in art. 3:97 lid 1 BWC.

3.15.5 Beperking van de toepassing van titel 3.7 BWC indien meerdere trustees in functie zijn

Indien meerdere trustees in functie zijn, geldt ingevolge art. 3:138 BWC als hoofdregel dat hun bevoegdheden zich richten naar hetgeen in titel 3.7. BWC voor deelgenoten is bepaald.¹³⁸ Hiervan kan bij trustakte worden afgeweken. Hetgeen de Curaçaose wetgever mijns inziens in casu echter over het hoofd heeft gezien, is het feit dat bepaalde wetsbepalingen die in titel 3.7 BWC zijn

136 MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 8. De memorie van toelichting vermeldt in casu dat “het ontwerp kiest voor optimale transparantie”.

137 Zie paragraaf 3.3.5.2.

138 Zie ook: MvT Landsverordening trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67, p. 9.

neergelegd, strijdig kunnen zijn met de aard van de trust. Men denke hierbij onder meer aan art. 3:168 lid 1 BWC, waarin is bepaald dat deelgenoten het genot, het gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst kunnen regelen of art. 3:175 lid 3 BWC, dat de uitwinning van een aandeel in een gemeenschappelijk goed door de schuldeisers van een deelgenoot toelaat. In het eerstgenoemde geval schrijft de trustakte – en derhalve niet een overeenkomst tussen de trustee – voor op welke wijze het beheer van de trustgoederen dient te geschieden. Van genot of eigen gebruik van de trustgoederen door de trustee is in het kader van de trust verder geen sprake. In het laatstgenoemde geval is uitwinning niet mogelijk, aangezien het Curaçaose trustrecht stipuleert dat de privéschuldeisers van een trustee vanwege het goederenrechtelijk effect van het trustverband zich niet op het trustfonds kunnen verhalen. Ook in dat geval is aldus sprake van botsing met het karakter van de trust. Ter oplossing van dit probleem, dient het bepaalde in art. 3:138 BWC in dier voege te worden gewijzigd dat titel 3.7 BWC van toepassing is, voor zover de aard van de trust zich hiertegen niet verzet. Daarnaast zou kunnen worden bepaald dat indien de toepassing van titel 3.7 BWC mogelijk wordt geacht, hiervan bij trustakte kan worden afgeweken.

3.15.6 Verrijking van rechtswege van de bundel van rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies door de (potentiële) begunstigde

Wanneer de aanwijzing van een begunstigde onherroepelijk en jegens hem om niet heeft plaatsgevonden, dient hij naar Curaçaos recht ter verwerving van zijn rechten, bevoegdheden en daarmee corresponderende remedies in de trust, op grond van art. 3:153 lid 3 BWC zijn aanwijzing te aanvaarden.¹³⁹ Hetgeen de wetgever bij de formulering van deze bepaling heeft miskend is het feit dat een begunstigde bij de totstandkoming van de trust van rechtswege de hem toekomende rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies in de trust van rechtswege verwerft. Een aanvaarding is hierom niet vereist. Ook is de potentiële begunstigde niet in aanmerking genomen. Om deze hiaten in de wet te vullen, dient het bepaalde in art. 3:153 lid 3 BWC zodanig te worden aangepast dat duidelijk is voor de rechtstoepasser dat de begunstigde, alsmede de potentiële begunstigde, rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies in de trust verwerft, zonder dat een aanvaarding nodig is.¹⁴⁰ Dit, behoudens de bevoegdheid van de (potentiële) begunstigde om het verkregene te verwerpen, zolang hij het niet heeft aanvaard.¹⁴¹

¹³⁹ Zie paragraaf 3.3.6.4.

¹⁴⁰ Vgl. art. 4:201 BWC.

¹⁴¹ Vgl. art. 4:201 BWC.

3.15.7 Herformulering van art. 3:131 BWC

Blijkens art. 3:131 BWC kan de rechter in eerste aanleg, indien aan een trust gebreken kleven, op verzoek van de insteller, een andere belanghebbende of het openbaar ministerie, de als trustee fungerende persoon veroordelen tot het verrichten van *hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust*, daaronder begrepen de aanpassing van de trustakte. Het bepaalde in art. 3:131 BWC lijkt op het eerste gezicht duidelijk. Niettemin kan de huidige wettekst naar mijn mening tot interpretatieproblemen leiden. Ten grondslag hieraan ligt het feit dat indien er sprake is van totstandkomingsgebreken – dat wil zeggen gebreken die leiden tot de nietigheid van de trust, geen trust tot stand komt.^{142/143} Enkel aan een geldig ingestelde trust – en derhalve een geldig tot stand gekomen trust – kunnen gebreken kleven. Ik stel daarom voor om de zinsnede *“hetgeen nodig is voor de geldige instelling van de trust”*, te vervangen met *“hetgeen nodig is voor de juiste werking van de trust”*.

3.15.8 Herformulering van art. 3:160 BWC

Gelet op de voorgestelde aanpassingen ten aanzien van de beëindiging van trust en daarmee het bepaalde in art. 3:159 BWC, zou – indien de Curaçaose wetgever deze wijzigingen in de wet zou overnemen – mede de wettekst van art. 3:160 BWC moeten worden aangepast. Ik stel voor om de gevallen waarin art. 3:160 BWC van toepassing is, uit te breiden met de bij trustakte bepaalde gevallen en onvoorziene omstandigheden. Teneinde een zorgvuldiger formulering van de wettekst te bewerkstelligen, gaat mijn voorkeur verder uit naar het vervangen van de zinsnede:

“[...] draagt de trustee bij zijn eindrekening en verantwoording alle tot het trustvermogen behorende goederen, overeenkomstig de voor elk van die goederen geldende regelen, over aan degene, die daartoe in de trustakte is aangewezen en bij gebreke van zodanige aanwijzing, aan de insteller of zijn rechtsopvolgers onder algemene titel [...]” door:

“[...] draagt de trustee of de vereffenaar namens de trustee na de aflegging van eindrekening en verantwoording, de tot het overschot behorende goederen over aan de insteller of zijn rechtsopvolgers onder algemene titel, tenzij aan het overschot een andere bestemming is gegeven. In dat geval draagt de trustee of vereffenaar

¹⁴² Zie paragraaf 3.3.4.2.

¹⁴³ In dat geval zal de notaris die de essentialia voor de totstandkoming van de trust niet in acht heeft genomen, tuchtrechtelijk en civielrechtelijk aansprakelijk zijn.

de tot het overschot behorende goederen over aan de in de trustakte aangewezen personen. [...]”.¹⁴⁴

3.15.9 Herformulering art. 3:128 BWC

Een rechtshandeling waarbij de trustee goederen heeft verkregen, met inbegrip van een verklaring van de insteller waarbij deze zelf trustee wordt ten aanzien van de goederen, kan slechts door een rechterlijke uitspraak worden vernietigd, zo luidt art. 3:128 BWC. Thans is echter gebleken dat bij de instelling van de Curaçaose trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust geen sprake is van een overgang, hetgeen impliceert dat er evenmin sprake kan zijn van een verkrijging.¹⁴⁵ Ter voorkoming van verwarring, dient de wettekst van het huidige art. 3:128 BWC te worden gewijzigd. De Curaçaose wetgever kan mijns inziens in casu het beste kiezen om beide wijzen van toevertrouwen van de aangewezen goederen aan de trustee volledig in de nieuwe wettekst te omschrijven, dan wel een overkoepelende term voor de rechtshandelingen die ertoe strekken een goed onder trustverband te plaatsen.¹⁴⁶

3.15.10 Herformulering art. 3:130 lid 5 BWC

Ter verduidelijking van het bepaalde in art. 3:130 lid 5 BWC zou de Curaçaose wetgever in mijn opinie de wettekst kunnen wijzigen waarbij wordt bepaald dat indien een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel wordt ingesteld, het in de trustakte omschreven doel – op straffe van nietigheid – niet strijdig is met dwingende wetbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.¹⁴⁷

3.15.11 Schrapping van art. 1:88a BWC

Ingevolge art. 1:88a BWC is art. 1:88, eerste lid, onderdelen b tot en met d BWC, niet van toepassing op rechtshandelingen die in hoedanigheid verricht zijn door een trustee. Eerder is in paragraaf 3.3.2 evenwel opgemerkt dat het feit dat de Curaçaose trustwet reeds bepaalt dat de trustgoederen een afgescheiden geheel vormen dat geen onderdeel uitmaakt van het privévermogen van de

144 In de voorgestelde wettekst zijn de woorden ‘vereffenaar’ en ‘vereffening’ toegevoegd, aangezien rekening is gehouden met de vereffening van het trustfonds. Art. 3:159 lid 3 BWC biedt de rechter in eerste aanleg in dat kader de mogelijkheid om een vereffenaar te benoemen. In casu ligt het voor de hand dat een vereffening plaatsvindt wanneer de trust in de in art. 3:160 BWC genoemde gevallen eindigt en er op dat tijdstip trustschulden zijn.

145 Zie paragraaf 3.3.3.4 en paragraaf 4.2.1.

146 De Curaçaose wetgever kan tevens kiezen om het bepaalde in art. 3:128 BWC als volgt te verwoorden: “rechtshandelingen die ertoe strekken één of meer goederen onder trustverband te plaatsen, kunnen slechts door een rechterlijke uitspraak worden vernietigd.”.

147 Zie voor de problematiek van art. 3:130 lid 5 BWC paragraaf 3.3.3.2.

trustee, impliceert dat art. 1:88a BWC in casu geen toepassing vindt. Derhalve dient de Curaçaose wetgever mijns inziens deze bepaling te schrappen.

3.15.12 Schrapping van art. 3:158 BWC

De voorgestelde wijziging onder a. om in de Curaçaose trustwet een algemene wetsbepaling op de nemen teneinde de creatie van trustrechtelijke bevoegdheden bij trustakte mogelijk te maken, maakt – indien de Curaçaose wetgever het voorstel zou overnemen – het bepaalde in art. 3:158 BWC overbodig. In dat geval kan art. 3:158 BWC aldus het beste worden geschrapt.

3.15.13 Schrapping art. 3:127 leden 1 en 3 BWC

Rekening houdend met de voorgestelde wijzigingen in paragraaf 4.3.1, kan het bepaalde in het huidige art. 3:127 leden 1 en 3 BWC – indien het voorstel door de Curaçaose wetgever wordt overgenomen – het beste worden geschrapt.

3.15.14 Vervanging van de term ‘bestuur’ in de Landsverordening Trust

Bijzonder is dat in titel 3.6 BWC de term ‘bestuur’ of ‘besturen’ wordt gebezigd ter aanduiding van het beheer van de trustgoederen door de trustee.¹⁴⁸ De keuze voor deze terminologie beschouw ik in het kader van de trust als onwenselijk, gelet op het gegeven dat in de rechtsliteratuur in het kader van de trust steeds de term ‘beheer’ wordt gehanteerd. De memorie van toelichting noch de nota van wijziging geeft een verklaring hiervoor.¹⁴⁹ Het is derhalve onduidelijk op welke wijze de term ‘bestuur’ – men denke onder meer aan ‘bestuur’ in de zin van art. 1:90 lid 2 BWC of ‘bestuur’ als bedoeld in boek 2 BWC – moet worden uitgelegd. Naar ik vermoed is de reden voor het gebruik van het woord ‘bestuur’ gelegen in het feit dat de Curaçaose wetgever in de memorie van toelichting de Curaçaose trust meermalen vergelijkt met rechtspersonen, waarbij het gebruik van het woord ‘bestuur’ of ‘besturen’ in het ondernemingsrecht gebruikelijk is. Echter, in paragraaf 3.3.3.2 is reeds uiteengezet dat de vergelijking van de trust met een rechtspersoon in de aldaar aangehaalde situaties onterecht is. Dientengevolge is het gebruik van de term ‘bestuur’ of ‘besturen’ niet op zijn plaats. In navolging hiervan dient mijns inziens in het kader van de trust de term ‘beheer’ in plaats van ‘bestuur’ te worden gehanteerd.

¹⁴⁸ Art. 3:127 lid 2 sub c BWC; art. 3:135 lid 1 BWC; art. 3:137 lid 3 BWC.

¹⁴⁹ Het enige wat de nota van wijziging vermeldt is het volgende: “De term “beheren of daarover te beschikken” in het eerste lid [van art. 3:135 BWC – toevoeging KRF] is vervangen door: besturen; verg. ook artikel 127, derde lid (nieuw). [...]”. Zie hiervoor: *Statenstukken* 2009/10, 2519, nr. 6 (Nota van wijziging Landsverordening trust), p. 13 (onderdeel J). Overigens versta ik onder het begrip ‘beheer’ in casu mede beschikkingshandelingen.

3.15.15 Vervanging van de term 'trustvermogen' in de Landsverordening Trust

Om in overeenstemming te zijn met de gebezigde terminologie in het Anglo-Amerikaanse trustrecht en ter voorkoming van verwarring bij het gebruik van de term 'trustvermogen', kan in casu in plaats hiervan naar mijn mening het beste worden gekozen voor de benaming 'trustfonds'. Dit, aangezien de term 'trustvermogen' weleens onterecht kan worden geïnterpreteerd als het geheel van goederen en schulden dat onder trustverband is geplaatst.¹⁵⁰

4 AFSLUITEND

In dit hoofdstuk zijn de visies van een aantal auteurs over de totstandkoming en werking van de trust bediscussieerd. Voorts worden een scala aan oplossingen en suggesties voor de tekortkomingen die in hoofdstuk 3 zijn besproken, gepresenteerd ter verbetering van de Curaçaose trustwetgeving.

¹⁵⁰ Zie uitgebreid hierover paragraaf 3.3.5.3.

