



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. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3643074>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3643074>

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

Deel III

Het Nederlandse trustrecht

5 | Op weg naar de invoering van een trust in het Nederlandse recht?

1 INLEIDING

Het is bijna drie decennia geleden, in 1995, dat Nederland – als één van de ‘civil law’ landen zonder een intern trustrecht – het HTV heeft geratificeerd. De toetreding van Nederland tot dit verdrag en de vele discussies die gedurende de afgelopen jaren over de trust zijn gevoerd, hebben in Nederland tot op heden – in tegenstelling tot op Curaçao – niet tot de invoering van een eigen trustwetgeving geleid. Volgens de toenmalige staatssecretaris Kosto en minister van Veiligheid en Justitie Korthals Altes waren er toentertijd geen gegronde redenen tot *“het aanstonds scheppen van een specifiek Nederlands intern trustrecht”*.¹ Gezien de economische ontwikkelingen op internationaal en Europees niveau en de steeds verdere globalisering van de estate plannings- en financieringspraktijk door de jaren heen, is thans de vraag of de tijd is aangebroken om nu wel voor de invoering van een eigen Nederlandse trustwetgeving te kiezen.

In dit hoofdstuk worden de mogelijkheden tot de invoering van de trust in het Nederlandse rechtssysteem onderzocht en wordt er gekeken in hoeverre het Curaçaose trustmodel hierbij als voorbeeld kan dienen.

2 DE STAND VAN ZAKEN BETREFFENDE DE INVOERING VAN DE TRUST IN NEDERLAND

2.1 De trust in het Nederlandse recht: een wetsvoorstel in de maak?

Aan de vooravond van de invoering van de trust in het Curaçaose recht, en de aanhangige wetsvoorstellen inhoudende de invoering van een trustwetgeving op Sint Maarten en Aruba in het vorige decennium, is eveneens in Nederland overwogen om over te gaan tot de invoering van de trust in het Burgerlijk Wetboek.^{2/3} In aansluiting hierop was een daartoe strekkend concept-

1 *Kamerstukken II 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3.*

2 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1.

wetsvoorstel in 2011 bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie in voorbereiding.⁴ De voornaamste motieven voor de keuze tot de invoering van een Nederlandse trustwetgeving kwamen grotendeels overeen met de wenselijkheid voor de implementatie van een eigen trustfiguur in het Curaçaose recht: “de trust is een internationaal bekende rechtsfiguur die aansluit bij de gebruiken op de wereldwijde financiële markt.”⁵ In dat kader was onder meer betoogd dat de trust – als internationaal bekende rechtsfiguur waar buitenlandse ondernemingen mee vertrouwd zijn – de voorkeur heeft boven Nederlandse alternatieven voor de trust bij buitenlandse cliënten van Nederlandse financiële dienstverleners, dan wel buitenlandse kredietverstrekkers aan Nederlandse ondernemingen.⁶ Bovendien zouden de Nederlandse alternatieven buiten Nederland veelal onbekend zijn waardoor deze enkel al op die grond worden afgewezen en zouden sommige vormen van vermogensbeheer door middel van de trustfiguur op een veel simpelere wijze kunnen worden vormgegeven.⁷

Voor wat betreft de inhoud en de structuur van de Nederlandse trustwetgeving heeft Nederland zich onder meer laten inspireren door het Curaçaose trustmodel.⁸ Echter, de eerder besproken lacunes in de inmiddels in werking getreden Curaçaose wetgeving zijn bij de uiteenzetting van de Nederlandse plannen tot de invoering van de trust door het ministerie niet in ogenschouw genomen. Het voorgaande is mijns inziens echter begrijpelijk, gezien het feit dat het wetsvoorstel betreffende de Curaçaose wetgeving op het tijdstip van het concipiëren van het memo, aanhangig was en nog niet in werking was getreden.

Door de complexiteit van de trustfiguur en het capaciteitstekort binnen het genoemde ministerie is het trustproject nadien helaas op een zijspoor gezet. Toch zijn de voordelen van de invoering van een Nederlandse trustwetgeving voor de rechtspraktijk actueel gebleven, hetgeen het klimaat in casu zeer

3 De Sint Maartense trustwetgeving – die gelijklopend is aan de Curaçaose trustwetgeving – is inmiddels in 2014 in werking getreden. Op Aruba is de invoering van een eigen trustwetgeving vooralsnog niet geschied. Gemakshalve zal hierna enkel de Curaçaose wetgeving worden aangehaald.

4 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1.

5 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1.

6 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 1-2.

7 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 2.

8 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 5-14.

gunstig maakt om de geparkeerde Nederlandse plannen voor de invoering van de trustfiguur nieuw leven in te blazen.

2.2 De belangrijkste argumenten pro en contra de invoering van de trust in het Nederlandse recht⁹

De discussie over de wenselijkheid en de noodzaak tot de invoering van een eigen trustwetgeving speelt zich in Nederland al geruime tijd af. Vanuit de rechtsliteratuur en de uitvoeringspraktijk is er veelvuldig een beroep gedaan op de Nederlandse wetgever om de invoering van de trustfiguur in overweging te nemen c.q. op ruime schaal te introduceren. Ondanks de vergeefse inspanningen van de rechtsgeleerden en de rechtspraktijk heeft de Nederlandse wetgever wegens principiële bezwaren steeds afgezien van de invoering van een Nederlandse trust. In het onderstaande zullen in het kort de belangrijkste argumenten pro en contra die met betrekking tot de invoering van een trust in het Nederlandse burgerlijk recht in de literatuur zijn bediscussieerd, worden besproken.

2.2.1 De voornaamste redenen tegen de invoering van de trust

Een veelgebruikt argument tegen de invoering van een trust in het Nederlandse recht is dat de trust als Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur moeilijk in te passen en te verenigen is met het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht.¹⁰ In het Nederlandse recht zou de trust door zijn kenmerken – in dat

9 Gelet op het feit dat de argumenten voor en tegen de invoering van de trust in Nederland uitgebreid in de rechtsliteratuur en de parlementaire geschiedenis zijn uiteengezet, zullen deze argumenten hier niet opnieuw uitgebreid worden behandeld. Zie voor een verhandeling hierover o.a.: *Kamerstukken II*, 1992/93, 23027, nr. 3; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-192; D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Den Haag; Deventer: Kluwer Law International; W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 203-205; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 103-191; S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.W.A.B. Biemans, 'National Report for The Netherlands', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer: Kluwer 2009, p. 336-346; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013; W. Loof, *Of Trustees and Beneficial Owners: An inquiry into the proprietary aspects of trusts and trust-like devices from a European Private Law perspective*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2016, p. 178 e.v. Vgl. ook: *Kamerstukken II*, 1993/94, 23706, nr. 3, p. 30-31.

10 E.M. Meijers, 'De Trustee en het Burgerlijk Recht', *WPNR* 1927/2998, p. 414; R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Derde Deel, Verbintenissenrecht* (Meijers-Bundel), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 182-187; C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3*,

kader wordt gewezen op de bijzondere splitsing van eigendom, het afgescheiden geheel van trustgoederen en de goederenrechtelijke aard van het recht van de begunstigde – de meest fundamentele beginselen van het Nederlandse burgerlijk recht schenden. Men denke hierbij aan onder andere het fiducia-verbod ex art. 3:84 lid 3 BW en het bepaalde in art. 3:276 BW, art. 3:277 BW, art. 20 Fw en art. 21 Fw.

Een ander punt waar in dit kader op wordt gewezen is het feit dat de gevolgen voor de schuldeisers en andere derden niet goed zijn in te schatten bij de invoering van een rechtsfiguur als de trust.¹¹ Door de onduidelijke rechtsgevolgen van de trust kunnen rechten van derden op eenvoudige wijze worden geschonden en is het niet duidelijk welke regels vereist zijn om ervoor te zorgen dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de in het Nederlandse recht verankerde waarborgen.

Verder kan de trust zich, door zijn multifunctionaliteit, makkelijk lenen voor misbruik en heeft hij consequenties voor vrijwel alle gebieden van het vermogensrecht en het fiscale recht.¹² Dit impliceert dat de trust als vreemde rechtsfiguur, zeer ingrijpende gevolgen heeft die eerst goed moeten worden doordacht.

Ten slotte wordt als argument aangevoerd dat het Nederlandse recht genoeg andere rechtsfiguren kent die de trust kunnen vervangen.¹³ Men denke bijvoorbeeld aan de figuren als de eigendom ten titel van beheer, de middellijke vertegenwoordiging, de kwaliteitsrekening, lastgeving en de overdracht onder opschortende of ontbindende voorwaarden.

Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1981, p. 461; *Kamerstukken II 1984/85*, 17496, nr. 10, p. 36; *Kamerstukken II 1992/93*, 23027, nr. 3, p. 3-4; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 140-166; Zie hiervoor: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 278 e.v. Zie ook: S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-173 en p. 184; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 71-72.

11 *Kamerstukken II 1984/85*, 17496, nr. 10, p. 36; *Kamerstukken II 1992/93*, 23027, nr. 3, p. 3-4; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 165-179. Zie ook: S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-173, p. 178 en p. 183, voetnoot 34.

12 *Kamerstukken II 1992/93*, 23027, nr. 3, p. 3; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 165-179; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 72.

13 *Kamerstukken II 1992/93*, 23027, nr. 3, p. 3; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 173.

2.2.2 De voornaamste redenen voor de invoering van de trust

Ten eerste wordt als argument gegeven dat de dominerende rol van het Anglo-Amerikaanse recht in financiële en commerciële transacties en de globalisering van de economie, tot gevolg hebben dat de concurrentiepositie van Nederland op internationaal niveau verslechtert vanwege het ontbreken van een intern trustrecht.¹⁴ Enkel door een eigen trustwetgeving in te voeren kan Nederland zich goed op de internationale markt profileren.

Ten tweede wordt betoogd dat de afwezigheid van een Nederlandse trustwetgeving bij de erkenning van trusts krachtens het HTV een ongelijkheid tot stand brengt tussen buitenlandse trusts die nauwer verbonden zijn met een trustland en trusts die nauwer zijn verbonden met Nederland. Wanneer een Nederlandse natuurlijke persoon of rechtspersoon een buitenlandse trust instelt met betrekking tot Nederlandse goederen, loopt hij het risico dat deze trust – in tegenstelling tot buitenlandse trusts die nauwer verbonden zijn met een trustland – niet door het HTV wordt erkend. Dit heeft tot consequentie dat Nederlandse natuurlijke personen en rechtspersonen in hun juridische mogelijkheden worden beperkt.¹⁵

Ten derde wordt bepleit dat de Nederlandse rechtsfiguren niet in alle gevallen als alternatief voor de trust kunnen fungeren.¹⁶ De trust kan als

-
- 14 *Nederlandse plannen voor invoering van een trustfiguur* (memo van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving van de sector Privaatrecht van 14 januari 2011), Den Haag: MVJ 2011, p. 2-3; D.J. Hayton, 'Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 63-64; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 106-107; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3.
- 15 R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 54-56; D.J. Hayton, 'Trusts', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 64; M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 150-151; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 103-106; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 84-86. Zie ook: M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 261-262; S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 192. Vgl. ook: D.J. Hayton, 'Developing the use of trusts in the Netherlands', *WPNR* 1997/6281, p. 542-545.
- 16 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 109-138; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3; R. Wibier, 'Can a modern legal system do without the trust?' in: L. Smith (red.), *The Worlds of the trust*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 72-77 en

rechtsfiguur in uiteenlopende situaties worden gebruikt en het Nederlandse recht kent geen vergelijkbare rechtsfiguur die alle kenmerken van de trust omvat.

Ten slotte wordt beargumenteerd dat, gelet op het feit dat steeds meer EU-landen tot de invoering van een trust overgaan, Nederland een eigen trustwetgeving dient in te voeren, teneinde de harmonisatie van het privaatrecht op Europees niveau te vergemakkelijken.¹⁷

2.3 De meest voorkomende misvattingen over de trust in het Nederlandse recht¹⁸

Het debat omtrent de wenselijkheid van en de behoefte aan een Nederlandse trustwetgeving is – zoals volgt uit het bovenstaande – al jarenlang gaande. Bij de bespreking van de Anglo-Amerikaanse trust in de Nederlandse rechtsliteratuur en de parlementaire geschiedenis zijn mijns inziens, vanwege het complexe taalgebruik in het Anglo-Amerikaanse (trust)recht en de woordelijke vertaling hiervan door continentale juristen, een aantal misvattingen ontstaan die niet altijd hebben bijgedragen aan een beter begrip van de trustfiguur. E.M. Meijers, de geestelijke vader van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en één van de meest prominente Nederlandse rechtsgeleerden uit de 20^e eeuw, had al in 1927 een uitgesproken mening over de Anglo-Amerikaanse trust bij de bespreking van de preadviezen over de trustee en het burgerlijk recht van Te Winkel en Roosegaarde Bisschop.¹⁹ Hij betoogt:

p. 85-86. Zie ook: C.D. van Boeschoten, 'Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 41 die het volgende opmerkt: "Ik zou menen dat wij beter doen de zaak niet te forceren en niet te pogen figuren van Nederlands recht als trusts voor te stellen waar zij hoogstens sommige functies van de Anglo-Amerikaanse trust vervullen."

17 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 108-109; J.W.A.B. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, par. 3.

18 Een zeer lezenswaardig boek in dit kader is M. Lupoi, *Trusts: A comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, die de uitdagingen uitvoerig bespreekt met betrekking tot de interpretatie in het continentale recht van Anglo-Amerikaanse termen die binnen het trustrecht worden gebezigd en de misvattingen die hieromtrent kunnen ontstaan. Zie voorts: C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, voor een uitleg van het Anglo-Amerikaanse systeem vanuit Nederlands perspectief.

19 W. Roosegaarde Bisschop & D. Te Winkel, *Preadviezen over de trustee en het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante voorh. A.D. Schinkel 1927.

“Bij de vraag of het wenschelijk is de Engelsche constructie der trustverhouding ook in ons recht in te voeren, treft ons een merkwaardig verschijnsel. (...)

(...) Tegenover deze groote vereering van Engelsche rechtsbeschouwingen, *voel ik mij verplicht mijn overtuiging te stellen, al weet ik, dat mijn oordeel in deze minder gezaghebbend is en ook op een veel geringere studie berust* [cursief – KRF]. Mijn overtuiging is dan deze: het Engelsche zakenrecht is èn ook in vele zijner regelingen, eenige eeuwen bij die van het Europeesche vasteland ten achter. Het is een opeenhoping van verouderde, thans onbruikbaar geworden begrippen, en dwaze ficties, waarover eenmaal niemand zich meer verbazen zal dan de Engelschman zelf, zoodra hij ze afgeschafte zal hebben. (...)

(...) De Engelsche opvatting, dat hij, die het goed voor een ander beheert en daarover beschikken kan, de eigenlijke gerechtigde is, staat ongetwijfeld achter bij de onze, volgens welke degenen, voor wien beheerd wordt, de uitsluitende eigenaar van het goed is.”²⁰

Hoewel het op het eerste gezicht – vanwege de verschillen tussen het continentale en het ‘common law’ rechtssysteem – niet direct duidelijk is of de inpassing van de trust in het Nederlandse recht kan worden gerealiseerd, vind ik de boude uitspraak van Meijers onterecht. De hierboven aangehaalde passage illustreert naar mijn mening dat Meijers’ overtuiging over de Anglo-Amerikaanse trust en de inpassing hiervan op een verkeerde interpretatie berust.²¹ Hij baseert zijn analyse van de Anglo-Amerikaanse trust en de onmogelijkheid van de inpassing hiervan op een geringe studie die hij heeft verricht – hij geeft de facto toe dat hij vooringenomen is zonder een uitvoerige studie hiernaar te hebben gedaan, hetgeen onder andere de weg lijkt te hebben geplaveid voor bepaalde misvattingen, argumenten tegen de invoering en de afwijzing van een trustfiguur in het Nederlandse recht.²²

20 E.M. Meijers, ‘De Trustee en het Burgerlijk Recht, WPNR 1927/2998, p. 414; R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Derde Deel, Verbintenissenrecht* (Meijers-Bundel), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 183-184.

21 Zie tevens G.L. Gretton, ‘Trusts without Equity’, *International and Comparative Law Quarterly* 2000/49, p. 601, voetnoot 13, die de provocerende woorden en de toonzetting van Meijers bekritiseert. Hij schrijft: “(...) The father of modern Dutch law, E M Meijers, wrote that “het Engelsche zakenrecht is en zijn constucties (sic) en ook in vele zijner regenlinen, eenige eeuewn (sic) bij die van het Europeesche vasteland ten achter” (quoted by H F W D Fischer at 1957, *Tydskrif vir hedendaagse Romeins- Hollandse Reg* 25 at 35-36). This remark is so undiplomatic that it is better left untranslated. It is also less than fair, but passages such as that quoted in the text enable one to understand why Meijers descended to invective.”

22 Zie in casu o.a.: E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*. ‘s-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf, 1954/1955, p. 212; E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*. Leiden: Universitaire Pers Leiden, 1948, p. 89-90 en p. 282-286; C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 318, die naar de opvatting van Meijers verwijst.

In het onderstaande zullen de meest voorkomende misvattingen die thans nog steeds bestaan over de trust en die veelal ten grondslag liggen aan de argumenten tegen de invoering van de trust, kort worden besproken.

2.3.1 De aanduiding van tracing als recht

Thans bestaat in het Nederlandse recht de misvatting dat het proces van 'tracing' in het Anglo-Amerikaanse recht – dat gevolgd wordt ter bepaling van de aan de (potentiële) begunstigde toekomende remedies – een recht is met goederenrechtelijke werking.^{23/24} Dit is echter onjuist. Het proces van 'tracing' behelst niet de substitutie van het oorspronkelijke trustgoed zelf. In het trustrecht vindt substitutie van trustgoederen plaats, ongeacht of er al dan niet sprake is van een trustrechtelijke schending door de trustee van zijn verplichtingen, de zogenoemde 'breach of trust'. 'Tracing' ziet uitsluitend op het volgen (*lees*: traceren c.q. achterhalen) en identificeren van het gesubstitueerde goed, teneinde te bepalen welke remedies – goederenrechtelijke, dan wel verbintenisrechtelijke – de (potentiële) begunstigde tot zijn beschikking heeft. Het Nederlandse goederenrecht kent mijns inziens een vergelijkbaar proces van de lokalisatie c.q. identificatie van (gesubstitueerde) goederen dat ingebed is in en onderdeel is van de rechtsvordering tot revindicatie. Een

23 Zie in dit kader o.a.: A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangning* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 48 e.v.; C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 160-161; C.Æ. Uniken Venema, 'Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene "externe werking" van Anglo-Amerikaanse trusts (II)', *WPNR* 1993/6093, p. 391; C.D. van Boeschoten, 'Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 8; H.L.E. Verhagen, 'Het Haagse Trustverdrag', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 104, voetnoot 113; F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss. Utrecht), Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële uitgevers 2000, p. 22; W.J. Zwalve, C.Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 303-304 en p. 393; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 518; E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 26-27; G. Gilissen, *Inleiding tot de express private trust*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 69; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 206.

24 Deze misvatting is vermoedelijk ontstaan vanwege het feit dat bepaalde Anglo-Amerikaanse boeken 'tracing' uitleggen als een 'right' of 'remedy', terwijl wel het proces wordt uiteengezet. Zie voor een voorbeeld: L. Tucker, N. Le Poidevin & J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2020, nr. 1-023. Zie voor een uitvoerige beschouwing van 'tracing' paragraaf 3.3.9.2.4.

dergelijk proces van 'tracing' zou derhalve niet in strijd zijn met het Nederlandse goederenrecht.

2.3.2 Classificatie van het recht van de begunstigde als beperkt recht

In de Nederlandse rechtsliteratuur wordt betoogd dat het recht van de (potentiële) begunstigde in de trust in het continentale recht het beste kan worden aangemerkt als c.q. vergeleken met een beperkt zakelijk recht.²⁵ In hoofdstuk 3 is uitvoerig toegelicht dat het effect dat ontstaat ten gevolge van de totstandkoming van de Anglo-Amerikaanse trust, in het Curaçaose recht bij de totstandkoming van de trust bereikt wordt door een goederenrechtelijk verband – het zogenoemde trustverband – dat op de trustgoederen komt te rusten. De strekking van het goederenrechtelijke trustverband bepaalt de werking van de trust en daarmee de rechten, bevoegdheden en remedies die de (potentiële) begunstigde heeft. In tegenstelling hiermee staan de aan een beperkt zakelijk recht verbonden rechten en bevoegdheden vast en zijn niet steeds afhankelijk van een bepaalde strekking. Voorts heeft de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de begunstigde – anders dan het geval is bij beperkt zakelijke rechten – géén betrekking op specifieke trustgoederen.²⁶ Ten slotte is het zaaksgevolg in het kader van de trust niet het gevolg van de verkrijging van een beperkt zakelijk recht door de (potentiële) begunstigde, doch het effect van het goederenrechtelijke verband dat op de trustgoederen rust. Dientengevolge is – ondanks het feit dat het effect van het goederenrechtelijke verband gelijkenissen vertoont met een beperkt zakelijk recht – een classificatie van het recht van de begunstigde als beperkt zakelijk recht onzuiver.²⁷

25 C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind: rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallelfiguren in het Nederlandse recht* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1954, p. 309; C.Æ. Uniken Venema, 'Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht', *WPNR* 1985/5728, p. 115; C.Æ. Uniken Venema, *Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht: rechtsvergelijkende beschouwingen betreffende de belangrijkste structuren en begrippen in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 111-114; W.J. Zwalve, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 297-298; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 207-208. Vgl. ook: *Kamerstukken II* 1984/1985, 17496, nr. 10, p. 36; R.D. Vriesendorp, 'Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag', in: C.D. van Boeschoten & R.D. Vriesendorp, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief/Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1994), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 62-65.

26 Zie ook: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 92.

27 In dezelfde zin: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 90-93. Vgl. ook: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 154; W. Loof, 'Een analyse van eigendomsverhoudingen in trusts

2.3.3 Aanduiding van het recht van de begunstigde als economische eigendom

Een term die evenzeer in het Nederlandse recht gehanteerd wordt voor de omschrijving van het recht van de (potentiële) begunstigde is de economische eigendom.²⁸ Het begrip ‘economische eigendom’ kan worden gedefinieerd als

“het krachtens een (obligatoire) rechtsverhouding gerechtigd zijn tot in beginsel alle rechten ten aanzien van een goed en gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed te dragen en daarmee het volledige risico van waardeverandering casu quo tenietgaan van het goed voor zijn rekening te nemen, zonder dat het goed in juridische zin geleverd is”.²⁹

De bundel van rechten, bevoegdheden en de daarmee corresponderende remedies die aan de (potentiële) begunstigde in het kader van de trust toekomt, voldoet evenwel over het algemeen niet aan de voornoemde definitie. Allereerst ziet de bundel van rechten, bevoegdheden en remedies van de (potentiële) begunstigde – anders dan hetgeen is gedefinieerd – in beginsel niet op specifieke goederen, doch op (een aandeel in) het dynamische trustfonds en het beheer hiervan. De (potentiële) begunstigten hebben louter een afgeleid belang. Ten tweede heeft de (potentiële) begunstigde met betrekking tot de trustgoederen in beginsel geen verplichtingen en kan in beginsel niet gezegd worden dat de trustee als rechthebbende een juridische lege huls heeft ten aanzien van de trustgoederen en de begunstigten hierbij het volledige belang hebben zoals het geval is bij de economische eigenaar. De trustee is degene aan wie de trustrechtelijke verplichtingen zijn opgelegd en hij draagt als rechthebbende

en trustachtige figuren’, AA 2019/9, p. 663-664.

28 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 17; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 7.2; HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, NJ 2004/316, m.nt. P.A. Stein (*Vagobel/Geldnet*), waarin Stein in zijn noot de economische eigendom in het kader van de trust bespreekt.

29 W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12; W.G. Huijgen, ‘Focus op economische eigendom anno 2020’, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiterijd: reflectief op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Kluwer 2020, p. 101. Zie ook: C.Æ. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, (Praeadvies voor de ‘Vereeniging Handelsrecht’ 1990), Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 15-18; HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9687, NJ 2004/316, m.nt. P.A. Stein (*Vagobel/Geldnet*), r.o. 3.3.1; HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*), r.o. 3.4; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018, par. 7.1. Vgl. ook: art. 2 lid 2 WBR; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 581.

in die hoedanigheid het risico van waardeverandering van de tot het trustfonds behorende goederen. Voorts verkrijgen – behalve begunstigden – ook potentiële begunstigden van een trust een bundel van rechten, bevoegdheden en remedies zonder dat zij individueel een economisch belang hebben. Ten slotte kan iedere (potentiële) begunstigde – behoudens derdenbescherming – in beginsel gebruikmaken van de aan zijn recht verbonden goederenrechtelijke remedies bij een ‘breach of trust’, hetgeen in beginsel geen onderdeel is van de bundel van rechten en verplichtingen van een economische eigenaar. Het recht van de (potentiële) begunstigde heeft daarmee een ietwat ander karakter dan de rechten en verplichtingen van een economische eigenaar. De aanduiding van het recht van de (potentiële) begunstigde in een trust als economische eigendom is derhalve enigszins misleidend.

3 IN HOEVERRE KAN DE TRUST IN HET NEDERLANDSE RECHT WORDEN INGEVOERD?

In de voorafgaande paragrafen is het debat omtrent de wenselijkheid van en de behoefte aan een Nederlandse trustwetgeving kort uiteengezet. De vraag die nu beantwoord dient te worden is of de trust als rechtsfiguur verenigbaar is met het Nederlandse rechtssysteem en derhalve in het Nederlandse recht kan worden ingevoerd.

In het licht van het bovengenoemde wordt in het onderstaande ingegaan op het in het Statuut verankerde beginsel van concordantie en wordt vastgesteld in hoeverre de Curaçaose trustwetgeving in het Nederlandse recht kan worden overgenomen. Tevens wordt de Nederlandse regeling betreffende het fiduciaverbod en de legitieme portie in het kader van de trust besproken.

3.1 Het concordantiebeginsel

In paragraaf 3.2.3 is reeds uiteengezet dat het in art. 39 lid 1 Statuut verankerde concordantiebeginsel bepaalt dat de landen binnen het Koninkrijk – ondanks verschillende economische en maatschappelijke achtergronden – het privaatrecht op Koninkrijksniveau zoveel mogelijk dienen te harmoniseren. Door de wisselwerking binnen het Koninkrijk op privaatrechtelijk terrein, hebben de Caribische landen regelmatig en in het recente verleden nog, het Nederlandse BW – zij het afgestemd op de lokale maatschappelijke opvattingen en economische achtergronden – overgenomen in hun eigen wetgeving. Gelet op het feit dat het concordantiebeginsel gericht is op de bevordering van de harmonisering van het privaatrecht tussen de Koninkrijksdelen, kan Nederland met de introductie van een eigen trustwetgeving zonder meer zowel juridische als economische voordelen behalen. Nu het trustrecht op Curaçao en Sint Maarten is geïntroduceerd, kan dit de Nederlandse wetgever bewegen om – met inacht-

neming van het concordantiebeginsel – ook over te gaan tot de invoering van een eigen trustwetgeving.³⁰

3.2 Het Curaçaos trustmodel als voorbeeld

Zoals uit de hoofdstukken 3 en 4 is gebleken, zijn de inbedding van de trustfiguur in de Curaçaose wetgeving en de toepassing ervan niet zonder slag of stoot verlopen. Omdat Nederland en Curaçao nagenoeg gelijklopende rechtssystemen hebben, kunnen de wetgeving en de ervaringen van Curaçao zonder meer als voorbeeld en inspiratiebron dienen bij de invoering van een trust in het Nederlandse recht. Ik pleit derhalve voor de invoering van de trust in het Nederlandse recht conform het Curaçaose trustmodel met de in hoofdstuk 4 voorgestelde wijzigingen, zij het aangepast aan de Nederlandse rechtscultuur.³¹

3.3 Tweetal beperkingen in het Nederlandse recht ten aanzien van de trust

3.3.1 Het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW

3.3.1.1 Het fiduciaverbod in relatie tot de trustfiguur

Anders dan het Curaçaose recht heeft de Nederlandse wetgever met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992, het in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde fiduciaverbod in de wet geïntroduceerd.³² Krachtens art. 3:84

30 Hoewel Aruba voornemens was om – in verband met de wijziging en de aanvulling van het BWA – titel 3.6 BWA in de wet op te nemen en daarmee een eigen trustwetgeving in te voeren, is de trusttitel vooralsnog niet in werking getreden. Het is thans onduidelijk of de trustbepalingen nog in werking zullen treden. Zie hiervoor: Landsverordening van 23 september 2016 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100) in verband met een aantal onderwerpen die nog een regeling of aanpassing in het Burgerlijk Wetboek van Aruba behoeven (aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba), *Afkondigingsblad van Aruba* 2016, nr. 51; p. 72-93; Landsbesluit van 2 juni 2021 no. 1, houdende inwerkingtreding van de Aanpassingsverordening aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 2021 no. 43) en de Landsverordening van 23 september 2016 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100) in verband met een aantal onderwerpen die nog een regeling of aanpassing in het Burgerlijk Wetboek van Aruba behoeven (AB 2016 no. 51), *Afkondigingsblad van Aruba* 2021, nr. 90, p. 2-3.

31 Met de Nederlandse rechtscultuur wordt in casu bedoeld hetgeen wordt besproken in paragraaf 5.3.3.

32 Zie uitgebreid over het fiduciaverbod o.a.: J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële sale – lease back (I) en (II, slot)', *WPNR* 1995/6190, p. 534-536 en *WPNR* 1995/6191, p. 556-557; S.C.J.J. Kortmann, 'Van fiducia-fobie naar fiducia-filie', *WPNR* 1995/6187, p. 455-457; W.M. Kleijn, 'Conversie voor alle zekerheid: De reikwijdte van het fiducia-verbod', *WPNR* 1994/6119, p. 15-17; H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-

lid 3 BW wordt een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid (*fiducia cum creditore*) of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen (*fiducia cum amico*), als nietige titel beschouwd. Het eerste gedeelte van de bovengenoemde bepaling heeft betrekking op zekerheidsoverdrachten waarbij enkel wordt beoogd om buiten het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht om, voorrangrechten te creëren en deze ten aanzien van een goed aan een derde toe te kennen, opdat zijn schuldeisersbelangen worden beschermd en hij zijn vordering met voorrang kan verhalen.³³ Het tweede gedeelte van art. 3:84 lid 3 BW behelst de situatie waarin goederen ten titel van beheer worden overgedragen bij welke rechten met een goederenrechtelijke werking in het leven worden geroepen zonder dat deze rechten door de wet worden erkend.³⁴ Met een verbod op dergelijke rechtshandelingen, in het bijzonder de

verbod: in het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119, p. 1-14; S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1994/6119, p. 18-23; M.H.E. Rongen, 'De strekking van het fiduciaverbod, in het bijzonder in verband met financiering op basis van vorderingen' in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements* (serie ondernemingen en recht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 263-301; A.F. Salomons & M.G. van 't Westeinde, 'Het fiduciaverbod is nog altijd geen dode letter. Naschrift bij reactie van R.M. Wibier', *WPNR* 2008/6769, p. 717-718; J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt, *Fiduciaire verhoudingen, Libellus amicorum prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Onderneming en Recht deel 41), Deventer: Kluwer 2007, p. 137-155; S.C.J.J. Kortmann, 'Werkelijke overdracht... een met een fiduciair karakter', *GROM* 2010/27.63, p. 63-72; W.H.M. Reehuis, *Overdracht (Monografieën BW nr. B6a.)*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 8; S. De Groot & A.F. Salomons, 'Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR', *AA* 2011/5, p. 383-390; M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over Kernthema's van de Overdracht van Vorderingen op Naam tegen de Achtergrond van de Hedendaagse (Internationale) Financiële Praktijk en Securitisation in het Bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 795 e.v.; O. Salah, 'Het fiduciaverbod nieuw leven ingeblazen?', *MvV* 2013/5, p. 138-146; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 96 e.v.; W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Het fiduciaverbod en de beschermingsgedachte: miskend, ontkend of vergeten?', *AA* 2020/2, p. 169-178; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nr. 276 e.v.; T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, 'art. 3:84 BW, aantt. 3.1 t/m 3.10', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer. Zie ook: W. Loof, 'Een analyse van eigendomsverhoudingen in trusts en trustachtige figuren', *AA* 2019/9, p. 666-667.

33 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nrs. 276-277; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 96-100.

34 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nrs. 276-277; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 96-100.

creatie van de trustfiguur, heeft de wetgever het willekeurig scheppen van buitenwettelijke beperkte rechten door partijen willen voorkomen.³⁵

In het licht van het fiduciaverbod heeft de Hoge Raad zich in 1995 in het *Sogelease* arrest uitgelaten over de strekking van het fiduciaverbod. Hierin heeft hij beslist dat art. 3:84 lid 3 BW aan een overdracht niet in de weg staat, mits er sprake is van een werkelijke overdracht.³⁶ Volgens de Hoge Raad behelst een werkelijke overdracht de situatie waarin de verkrijger niet slechts goederenrechtelijke rechten verkrijgt die gecreëerd zijn op een niet in de wet voorziene wijze, doch de volledige eigendom van het goed – en zonder goederenrechtelijke beperkingen – verwerft.³⁷

In het kader van de trust rijst de vraag in hoeverre het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW toepassing vindt, gelet op het feit dat beide onderdelen van de voornoemde bepaling, toepasselijk zouden kunnen zijn op trusts. Indien de trust wordt vormgegeven als zekerheidsinstrument³⁸, teneinde aan de begunstigde bepaalde voorrang en zekerheid te verschaffen, zou – afhankelijk van hetgeen precies in de trustakte is vastgelegd en de wijze waarop het toevertrouwen aan de trustee heeft plaatsgevonden – de instelling van de trust zonder wettelijke basis nietig kunnen zijn op grond van strijdigheid met de fiducia cum creditore als bedoeld in het eerste deel van art. 3:84 lid 3 BW.

Voor wat betreft de fiducia cum amico wordt zowel in de parlementaire geschiedenis als in de rechtsliteratuur betoogd dat de instelling van een trust leidt tot splitsing van eigendomsrechten, hetgeen in strijd is met het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht.³⁹ Mijns inziens is er hiervan bij

35 W.H.M. Reehuis, *Overdracht (Monografieën BW nr. B6a.)*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 91; S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2021, nr. 276; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 100.

36 HR 15 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 (*Keereweer q.q./Sogelease*), r.o. 3.4.3 en 3.6.

37 HR 15 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 (*Keereweer q.q./Sogelease*), r.o. 3.4.3 en 3.6; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 101-102. Zie voorts: HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8241, NJ 2006/151 (*BTL Lease/Van Summeren*), r.o. 3.5.2.

38 Zoals reeds uit het Anglo-Amerikaanse recht en ook de Nederlandse parlementaire geschiedenis blijkt, kan de trust worden gebruikt als zekerheidsinstrument. Zie hiervoor: C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1197 en p. 1200 e.v.

39 Het Anglo-Amerikaanse goederenrecht, in het bijzonder het Engelse recht kent evenals het Nederlandse recht het numerus clausus beginsel in het goederenrecht. W. Swadling, 'Property: General Principles', in: A.S. Burrows (ed.), *English Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, vermeldt in nr. 4.09 hierover het volgende: "How then is one to tell whether a right in respect of a thing is personal or proprietary? The answer is that there is in English law, as with all developed legal systems, a *numerus clausus* (closed number) of property rights.". Vgl. ook: *Hill v Tupper* [1863] 2 H & C 121, *Clore v Theatrical Properties Ltd* [1936] 3 All ER 483, *Ashburn Anstalt v Arnold* [1989] Ch 1, *Rhone v Stephens* [1994] 2 AC

de instelling van de trust geen sprake. Zoals reeds eerder in paragraaf 5.2.3 is toegelicht, resulteert de instelling van de trust niet in een splitsing van eigendomsrechten, dan wel dubbele eigendom. De instelling van de trust behelst – anders dan wordt gesuggereerd – de creatie van het goederenrechtelijke trustverband middels een overdracht ten titel van trust of een eenzijdige verklaring van trust oftewel een ‘declaration of trust’. Bij de totstandkoming van de trust wordt ingeval de instelling geschiedt door een overdracht, de volledige eigendom van de goederen toevertrouwd aan de trustee.⁴⁰ Daarop komt het trustverband te rusten. In geval van een eenzijdige verklaring van trust heeft de insteller reeds de volledige eigendom en worden de goederen uitsluitend aan het trustverband onderworpen. De (potentiële) begunstigen hebben in het algemeen rechten en bevoegdheden voortvloeiend uit het trustverband die van obligatoire aard zijn. Bij onbehoorlijk beheer – ook wel aangeduid als de ‘breach of trust’ – staat hun vanwege de werking van het goederenrechtelijke effect van het trustverband goederenrechtelijke remedies ten dienste om de trustrechtelijke schending van de trustee recht te trekken. Dergelijke remedies kunnen derhalve niet te allen tijde worden ingeroepen. Zulks is in het Nederlandse recht geen vreemd concept. Men vergelijk hierbij onder meer het recht van reclame ex art. 7:39 BW waarbij een verkoper van roerende, aan de koper afgeleverde zaken die een persoonlijk recht heeft, een krachtens de wet toegekende goederenrechtelijke bevoegdheid tot terugverdering heeft.

Een saillant detail in verband met het fiduciaverbod is dat, indien het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW naar de letter wordt toegepast, de instelling van de trust door middel van een eenzijdige verklaring van trust oftewel de ‘declaration of trust’ niet onder het fiduciaverbod valt. Bij een eenzijdige verklaring van trust is immers géén sprake van een vermogensverschuiving en daarmee géén overgang (*lees*: overdracht) bij de creatie van het trustverband.

310, *King v David Allen (Billposting) Ltd* [1916] 2 AC 54, waarin het numerus clausus beginsel in het Engelse recht wordt toegepast. Anders: W.J. Zwolve, C.AE. *Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 406, die van mening is dat het Engelse recht een in wezen open stelsel van absolute rechten kent. Zie ook: M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 8-9; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 265 e.v.

40 In dezelfde zin over de verkrijging van volledige eigendom door de trustee bij een overdracht ten titel van trust o.a.: D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 154; W.J. Zwolve, ‘You can’t have your cake and eat it.’ Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht’, *RMThemis* 2015/4, p. 142; W. Loof, ‘Een analyse van eigendomsverhoudingen in trusts en trustachtige figuren’, *AA* 2019/9, p. 661 en p. 667. Anders: R. Th. R. Hoppenreijts & R.D. Vriesendorp, ‘De fiscaal- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland: eenheid of verscheidenheid?’, in: P.H. J. Essers e.a.(red.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht: Opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht*, Den Haag: Bju 2000, p. 58.

Echter, gelet op doel en strekking van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht in zijn geheel is een rechtshandeling strekkende tot de instelling van de trust door middel van de eenzijdige verklaring van trust zonder wettelijke basis hiermee onverenigbaar.⁴¹

Mijns inziens zou de problematiek rondom het fiduciaverbod – om alle onzekerheden weg te nemen – eenvoudigweg kunnen worden opgelost door, indien de Nederlandse wetgever opteert voor de introductie van de trust in het goederenrecht, een wettelijke regeling inzake de trust – zoals in het Curaçaose recht – op te nemen en voorts daarin te bepalen dat de fiducia cum creditore en de fiducia cum amico als bedoeld in art. 3:84 lid 3 BW in het kader van de trust niet leiden tot een ongeldige titel. Een soortgelijke regeling kent het internationaal goederenrecht al ten aanzien van de buitenlandse trust.⁴² Door dezelfde regeling in te voeren voor de Nederlandse trust vindt er in dat kader geen achterstelling plaats ten opzichte van de buitenlandse trust die in Nederland is erkend.

3.3.1.2 *Het fiduciaverbod in relatie tot 'powers'*

In paragraaf 2.5.3.1 is reeds aan bod gekomen dat in het Anglo-Amerikaanse recht zowel beheers- als beschikkingsbevoegdheden – de zogenoemde 'administrative en dispositive powers' – in het kader van de trust in het leven kunnen worden geroepen. Bij de creatie van 'dispositive powers' vindt – vanwege het feit dat met de uitoefening daarvan belangen in goederen kunnen worden gecreëerd of over goederen kan worden beschikt waarvan de verkrijger van de betreffende 'power' de eigendom niet heeft – de afsplitsing en verzelfstandiging van bevoegdheden plaats. Ook het Curaçaose trustrecht biedt de insteller de mogelijkheid om bij de instelling van de trust trustrechtelijke bevoegdheden te creëren. De Curaçaose wetgever heeft voor wat betreft de in het trustrecht meest voorkomende trustrechtelijke bevoegdheden van goederenrechtelijke aard – men denke onder andere aan de bevoegdheid tot herroeping van de trust – ervoor gekozen om deze wettelijk vast te leggen. De kwestie die hierbij speelt is of bij de invoering van de trust in het Nederlandse recht het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW ter handhaving van het gesloten stelsel van het goederenrecht van betekenis kan zijn in verband met de creatie van trustrechtelijke bevoegdheden, in het bijzonder dié met een goederenrechtelijk karakter.

Ten aanzien van de meest voorkomende trustrechtelijke bevoegdheden van (mogelijk) goederenrechtelijke aard, zou de Nederlandse wetgever mijn inziens deze – evenals de Curaçaose wetgever – van een wettelijke basis dienen

41 Vgl. ook paragraaf 3.3.3.4.

42 Zie in dit kader: art. 10:126 lid 1 BW; *Kamerstukken II 2009/10, 32137, nr. 3, p. 76*; *Kamerstukken II 2006/07, 30876, nr. 3, p. 3*.

te voorzien.^{43/44} Hierdoor kan een dergelijke bevoegdheid door de wet worden gereguleerd en is het duidelijk op welke wijze de uitoefening hiervan dient te geschieden. Een wettelijke basis zorgt ervoor dat dit soort trustrechtelijke bevoegdheden binnen het Nederlandse goederenrechtelijke systeem passen, zodat deze in geval van een overdracht niet onverenigbaar zijn met doel en strekking van het fiduciaverbod, dan wel in strijd zijn met het numerus clausus beginsel.

Voor de andere niet in de wet opgenomen trustrechtelijke bevoegdheden met een goederenrechtelijk karakter speelt het fiduciaverbod mijns inziens enkel een rol daar waar er sprake is van een overdracht.⁴⁵ Van grotere betekenis acht ik in dit kader evenwel de toepassing van het numerus clausus beginsel, dat een bredere reikwijdte heeft.⁴⁶ Anders dan het in de wet verankerde fiduciaverbod strekt het numerus clausus beginsel zich in zijn totaliteit uit tot alle (af)splitsingen en verzelfstandigingen van bevoegdheden, ook die splitsingen en verzelfstandigingen die niet een overdracht behelzen.⁴⁷ Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de creatie van een trustrechtelijke bevoegdheid waarbij de uitoefening ervan geen overdracht vereist, doch wel goederenrechtelijke werking heeft. Terwijl het fiduciaverbod in een dergelijk geval geen toepassing zal vinden, zal het numerus clausus beginsel in zijn geheel wel van kracht zijn.

3.3.2 De legitieme portie

Een belangrijke overweging van de Nederlandse wetgever om af te zien van de introductie van een eigen trustwetgeving was de vrees die bestond inzake de benadeling van schuldeisers met betrekking tot de instelling en het bestaan

43 Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de bevoegdheid tot herroeping en de wijziging van de trustakte en de aanwijzing van een begunstigde. In het Nederlandse recht zou de wetgever voor wat betreft de bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde – evenals voorgesteld in paragraaf 4.15 – een specifieke bepaling kunnen opnemen waarbij de aanwijzing van de begunstigde en de wijze van uitkering door de trustee wordt geregeld. Zie hiervoor uitgebreid paragraaf 4.3.15.1, voetnoot 134.

44 Anders: W.J. Zwalve, ‘You can’t have your cake and eat it.’ Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht’, *RMThemis* 2015/4, p. 150-151, die betoogt dat voor het toekomstige trustrecht in Nederland de creatie van trustrechtelijke bevoegdheden uitsluitend via de verbintenisrechtelijke weg kan geschieden.

45 Zie in casu: W.J. Zwalve, ‘You can’t have your cake and eat it.’ Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht’, *RMThemis* 2015/4, p. 151, die van mening is dat de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW een essentieel onderdeel dient uit te maken van het toekomstige Nederlandse trustrecht.

46 Het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW is immers één van de verschijningsvormen van het numerus clausus beginsel. Zie in dit kader: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 11 e.v.

47 Zie voor een uitleg over het numerus clausus beginsel en de splitsing van goederenrechtelijke bevoegdheden in het Nederlandse recht in het algemeen: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 359 e.v.

van een trust.⁴⁸ Eén van de schuldeisers van wie de belangen in relatie tot de trust in beschouwing moet worden genomen, is de legitimaris in het erfrecht.⁴⁹ Ingevolge art. 4:63 BW hebben legitimarissen, oftewel bepaalde afstammelingen van de erflater, dwingendrechtelijke aanspraken op een gedeelte van de waarde van zijn vermogen, de zogenoemde 'legitieme portie'. In tegenstelling tot het Nederlandse recht komt een soortgelijke regeling in het Anglo-Amerikaanse erfrecht niet voor.⁵⁰ Voor wat betreft het Curaçaose recht is gelijktijdig met de invoering van de trust de legitieme portie in het erfrecht afgeschaft.⁵¹

Indien geopteerd wordt voor de invoering van de trust in het Nederlandse recht, dient zonder meer rekening te worden gehouden met de figuur van de legitieme portie. Anders dan wordt verondersteld, behoeft de invoering van de trust een beroep op de legitieme portie niet in de weg te staan.

In het onderstaande wordt besproken of en in hoeverre de inbreng van goederen in een trust in aanmerking moet worden genomen ter bepaling van de omvang van de legitieme portie.⁵² Voorts wordt uiteengezet op welke wijze de berekening van de legitieme portie dient te geschieden in het kader van de trust.

3.3.2.1 *Kwalificeert een inbreng van goederen in een trust als gift?*

Heeft een legitimaris een beroep op zijn legitieme portie gedaan, dan dient – ter bepaling van de omvang van de legitieme portie – de legitimaire massa te worden samengesteld. Blijkens art. 4:65 BW omvat de legitimaire massa de waarde van de goederen der nalatenschap, vermeerderd met de in aanmerking te nemen giften bij de berekening van de legitieme portie en verminderd met de schulden vermeld art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f, waarbij giften waaruit schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder i zijn ontstaan, buiten beschouwing blijven.

Alvorens de samenstelling van de legitimaire massa te bepalen, zou in het kader van de trust moeten worden nagegaan of een inbreng in een 'inter vivos'

48 *Kamerstukken II 1992/93, 23027, nr. 3, p. 3.*

49 Art. 4:7 lid 1 sub g BW

50 Het Anglo-Amerikaanse recht, in het bijzonder het Engelse recht kent evenwel een regeling, de zogenoemde 'Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975', waarbij de rechter een beperkte discretionaire bevoegdheid heeft tot het toekennen van aanspraken aan een kring der personen – waaronder de langstlevende echtgenoot, de partner, de kinderen of andere personen die financieel afhankelijk zijn van de erflater – op een deel van de nalatenschap van de erflater, indien zij kunnen aantonen dat de erflater te hunnen behoeve geen redelijke financiële voorziening heeft getroffen en als gevolg hiervan een bepaalde behoefte hunnerzijds is ontstaan. Voor een uitvoerige uiteenzetting hiervan zie: A. Learmonth e.a., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London: Sweet & Maxwell 2018, p. 1015-1094.

51 Zie hiervoor paragraaf 4.3.5.

52 Vgl. ook: HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1589, NJ 2020/380.

trust – bij de instelling of gedurende het bestaan hiervan – als gift in het Nederlandse recht kwalificeert, teneinde deze op grond van het bepaalde in art. 4:67 BW in aanmerking te nemen voor de berekening van de legitieme portie.⁵³ Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds een inbreng in een ‘fixed’ trust en anderzijds een inbreng in een ‘discretionary’ trust.

Reeds is gewezen op het feit dat bij het toevertrouwen van de trustgoederen aan de trustee – ongeacht het type trust – geen sprake kan zijn van een gift aan de trustee, gezien het feit dat een bevoordelingsbedoeling ontbreekt.⁵⁴ Voor wat betreft de begunstigde kan de door hem bij de totstandkoming van een ‘fixed’ trust verworven bundel van rechten, bevoegdheden en remedies waaraan een economisch belang is verbonden, niet altijd als gift ex art. 7:186 lid 2 BW worden beschouwd.⁵⁵ De toetsing of in dat kader al dan niet sprake is van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW aan de begunstigde, dient te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij in aanmerking moet worden genomen hetgeen de insteller met de instelling van de ‘fixed’ trust in de gegeven omstandigheden ten tijde van instelling heeft gewild.⁵⁶ Het voorgaande is evenzeer van toepassing wanneer gedurende het bestaan van een ‘fixed’ trust goederen worden toevertrouwd aan de trustee en ten gevolge hiervan de door de begunstigde verworven bundel van rechten, bevoegdheden en remedies – waaraan het economische belang is verbonden – in waarde stijgt. Voor de berekening van de legitieme portie betekent dit dat in de gegeven omstandigheden de bevoordelingsbedoeling van de insteller c.q. inbrenger op het tijdstip van de inbreng beslissend is voor het aannemen van een gift aan de begunstigde.⁵⁷ Is in de gegeven omstandigheden een bevoordelingsbedoeling van de insteller c.q. inbrenger jegens de begunstigde op het tijdstip van inbreng aanwezig, dan is er mijns inziens sprake van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW en dient deze derhalve krachtens het bepaalde in art. 4:67 BW in aanmerking te worden genomen bij de samenstelling van de legitimaire massa.

Anders dan bij de ‘fixed’ trust het geval is, verkrijgt een potentiële begunstigde op het moment van de totstandkoming van de ‘discretionary’ trust een

53 De legitieme portie zal geen rol spelen bij de instelling van een testamentaire trust, gelet op het feit dat deze pas tot stand komt na de vereffening van de nalatenschap. Dit impliceert dat met de legitimaris – die een schuldeiser is van de nalatenschap – in dat kader rekening wordt gehouden.

54 Vgl. in dit kader paragraaf 3.3.3.5. Hoewel in paragraaf 3.3.3.5 de gift in het Curaçaose recht is besproken, is het Nederlandse recht op dit punt gelijklopend.

55 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.

56 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.

57 De situatie kan zich voordoen waarbij de insteller c.q. inbrenger tevens begunstigde is. In dat geval wordt niet voldaan aan de vereisten van verrijking en bevoordelingsbedoeling. Indien de insteller c.q. inbrenger overlijdt, dan is naar mijn overtuiging sprake van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW aan de personen die bij zijn overlijden zijn bundel van rechten, bevoegdheden en remedies verwerven.

bundel van rechten, bevoegdheden en remedies waaraan géén economisch belang is verbonden.⁵⁸ Ook indien gedurende het bestaan van de ‘discretionary’ trust goederen aan de trustee zijn toevertrouwd, verkrijgt de potentiële begunstigde – zolang hij niet is aangewezen als begunstigde – geen economisch belang. Dit heeft tot gevolg dat de potentiële begunstigde, voor zover de trustee zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van een begunstigde niet heeft uitgeoefend, (nog) geen aanspraak kan maken op de trustgoederen. Of in dat kader al dan niet sprake is van een gift ex art. 7:186 lid 2 BW, kan pas worden vastgesteld op het tijdstip dat de trustee uit hoofde van zijn discretionaire bevoegdheid een begunstigde heeft aangewezen en wel aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij in aanmerking moet worden genomen hetgeen de insteller c.q. inbrenger met de inbreng in de ‘discretionary’ trust in de gegeven omstandigheden ten tijde van de inbreng heeft gewild.⁵⁹

Het komt erop neer dat, zolang de trustee geen gebruik heeft gemaakt van de aan hem toegekende discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing, de inbreng in de ‘discretionary’ trust niet als gift kwalificeert en derhalve niet in aanmerking behoeft te worden genomen voor de berekening van de legitieme portie.⁶⁰

Het risico bestaat dat zonder adequate wetgeving op dit punt, de inbreng van goederen in een ‘discretionary’ trust ten detrimente van de rechten van de legitimaris kan geschieden. Teneinde de aanspraken van de legitimaris in casu te beschermen en rekening houdend met het doel en de strekking die de Nederlandse wetgever met de regeling betreffende de legitieme portie voor ogen had, dient in dit kader naar ik meen bij de implementatie van een eigen Nederlandse trustwetgeving in titel 4.4.3 BW een fictie in de wet te worden opgenomen voor de inbreng in een ‘discretionary trust’.^{61/62} Hierin dient

58 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.

59 Vgl. paragraaf 3.3.3.5.

60 In vergelijkbare zin: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 90-91; A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2020, p. 234; H.M.C. Duin, ‘Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme’, *KWEP* 2021/9, p. 9. Zie ook: A.J. van Hoepen, ‘Never trust a trust. Het verhaal van de treurige legitimaris’, *WPNR* 2014/7008, p. 201-202; A.J. van Hoepen, ‘Naschrift’, *WPNR* 2014/7028, p. 728-729. Anders: W. Loof, ‘Reactie op ‘Never trust a trust’ van A.J. van Hoepen in *WPNR* (2014) 7008’, *WPNR* 2014/7028, p. 724-725.

61 Zie voor de ratio van de legitieme portie: G. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 4, Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1806 e.v.

62 Vgl. E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 95-97. Vgl. ook: H.M.C. Duin, ‘Civielrechtelijke kwalificatie van de inbrenghandelings van vermogen in een Privatstiftung’, *WPNR* 2021/7324, p. 372-373 en H.M.C. Duin, ‘Rechtsvragen rondom trusts, Privatstiftungen en de legitieme’, *KWEP* 2021/9, p. 11, die de inbreng van vermogen in een Privatstiftung in het kader van de legitieme bespreekt.

naar mijn mening een wettelijke fictie te worden opgenomen waarin wordt bepaald dat een inbreng in een 'discretionary' trust – bij de instelling of gedurende het bestaan daarvan – geacht wordt een gift te zijn aan een potentiële begunstigde, indien de insteller c.q. inbrenger met de inbreng in de gegeven omstandigheden ten tijde van de inbreng de bevoordeling van één of meer personen die deel uitmaken van de groep der potentiële begunstigten, heeft gewild.⁶³ De bevoordelingsbedoeling is mijns inziens in casu – ondanks de voormelde wettelijke fictie – doorslaggevend, aangezien deze een belangrijk vereiste is voor de classificatie van een (rechts)handeling als gift. Indien de bedoeling van de insteller c.q. inbrenger om één of meer personen die deel uitmaken van de groep der potentiële begunstigten te bevoordelen aanwezig wordt geacht op het tijdstip van inbreng, zal er op enig moment in de toekomst – ongeacht het tijdstip waarop de aanwijzing van een begunstigde door de trustee plaatsvindt en wie als begunstigde wordt aangewezen – sprake zijn van een gift aan één of meer begunstigten.

3.3.2.2 *In aanmerking genomen giften en de waardering van de inbreng van de goederen in de trust*

Indien de inbreng van goederen in een trust als een gift kan worden beschouwd, bepaalt art. 4:67 BW welke giften in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van de legitimaire massa. Als hoofdregel geldt dat enkel giften in aanmerking worden genomen, voor zover de prestatie binnen vijf jaren voor het overlijden van de erflater is geschied.^{64/65} In afwijking hiervan kunnen krachtens het bepaalde in art. 4:67 sub a t/m d BW giften die ouder zijn dan vijf jaar ook in aanmerking worden genomen voor de berekening. Het betreft de volgende giften:

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

63 Deze fictie dient mijns inziens tevens van toepassing te zijn op een trust ter verwezenlijking van een bepaald doel, aangezien de begunstiging bij een dergelijke trust pas bekend wordt op het moment van uitkering.

64 Art. 4:67 sub e BW

65 Een beroep op de legitieme portie laat het bestaan van de trust overigens onverlet. Dit geldt naar mijn mening in beginsel eveneens voor de inbreng in de trust.

De inbreng van goederen in een trust zal doorgaans onder de hoofdregel vallen. In zeer uitzonderlijke gevallen zal zich in het kader van een trust een geval als bedoeld onder a t/m d voordoen.⁶⁶

Voor wat betreft de waardering van giften stipuleert art. 4:66 lid 1 BW als hoofdregel dat voor de toepassing van titel 4.4.3 BW giften worden gewaardeerd naar het tijdstip van de prestatie. Voor een inbreng in een trust impliceert dit dat de waarde van hetgeen in de trust is ingebracht op het tijdstip van inbreng wordt bepaald. Gezien het dynamische karakter van het trustfonds, maakt een dergelijk waarderingsvoorschrift de waardering van een inbreng in een trust vanuit praktisch oogpunt veel simpeler.

3.3.2.3 Giften die in het kader van de trust in mindering worden gebracht

Indien de omvang van de legitimaire massa is bepaald, moet vervolgens worden nagegaan of de legitimaris giften van de erflater heeft ontvangen. Is dit het geval, dan worden deze giften aan de legitimaris toegerekend, zodat de waarde van deze giften krachtens art. 4:70 lid 1 BW op zijn legitieme portie in mindering komen. In het kader van de trust rijst de vraag of en in hoeverre het zijn van een (potentiële) begunstigde in een trust invloed heeft op de toerekening aan de legitimaris van een inbreng die als gift is aangemerkt. Hierbij dient wederom onderscheid te worden gemaakt tussen een 'fixed' trust en een 'discretionary' trust.

Wanneer een legitimaris tevens begunstigde is van een 'fixed' trust, dan levert de toerekening van de economische waarde van een deel van de inbreng in de trust – vanwege het door hem verworven recht op een aandeel in het trustfonds – weinig praktische problemen op. De toerekening van de desbetreffende inbreng in de 'fixed' trust aan de legitimaris geschiedt naar rato van zijn aandeel in het trustfonds.^{67/68}

Complexer is de toerekening aan de legitimaris van de waarde van een inbreng van goederen in een 'discretionary' trust. Bij een 'discretionary' trust is aan de potentiële begunstigde – behoudens hetgeen reeds uit de trust door hem is verkregen – (nog) geen recht toegekend tot de verkrijging van een aandeel in het trustfonds. De potentiële begunstigde heeft in dat geval géén economisch belang doch slechts een potentieel recht. Zou aan de legitimaris de waarde van hetgeen hij als begunstigde zou kunnen verkrijgen – zij het dat zijn potentieel aandeel ruwweg zou worden berekend op basis van het aantal potentiële begunstigden dat op het tijdstip van de desbetreffende

66 Vgl. voorts: E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 92-93.

67 Dit is het geval wanneer de bevoordelingsbedoeling aantoonbaar is zoals hiervoor beschreven in paragraaf 5.3.3.2 onder a en er derhalve sprake is van een gift.

68 De toerekening vindt eveneens plaats na kwalificatie en waardering van het hem toegekende recht. Men denke hierbij aan een begunstigde toegekend belang in een 'life interest' trust.

inbreng aanwezig was – worden toegerekend, dan zou rekening moeten worden gehouden met het feit dat de kans bestaat dat hij na de toerekening van die betreffende inbreng en de afwikkeling van de nalatenschap, niets uit de trust ontvangt. Andersom is het denkbare scenario waarin geen toerekening van de waarde van de betreffende inbreng aan de legitimaris plaatsvindt en hij nadien een uitkering uit de trust ontvangt. In beide gevallen wordt de legitimaris die begunstigde, dan wel potentieel begunstigde is in een trust, ongelijk behandeld ten opzichte van de andere erfgenamen van de erflater. Hoewel het op dit punt lastig is om een uitgebalanceerde oplossing te vinden voor dit probleem, ben ik toch van mening dat – gezien de ratio van de legitieme portie – de waarde van hetgeen de legitimaris die tevens potentiële begunstigde is had kunnen verkrijgen, niet in mindering kan komen van zijn legitieme portie.

Heeft de legitimaris-potentiële begunstigde daarentegen wel goederen uit de trust ontvangen die betrekking hebben op de desbetreffende inbreng, dan lijkt er geen twijfel dat de waarde daarvan in mindering komt op zijn legitieme portie.

Een oplossing voor deze ongelijke – doch gunstige – behandeling van de legitimaris-potentiële begunstigde in het kader van de ‘discretionary’ trust, dient in mijn opinie te worden gezocht in de estate-planningsfase waarbij de insteller zich rekenschap dient te geven van het feit dat de bovengeschetste scenario’s bij de inbreng van goederen in een ‘discretionary’ trust zich kunnen voordoen. De insteller kan bijvoorbeeld in de trustakte bepalen dat indien een potentiële begunstigde een beroep doet op zijn legitieme portie, hetgeen hij op grond van zijn legitieme portie verkrijgt nadien in mindering komt op zijn uitkering uit een trust. De insteller kan ook stipuleren dat de legitimaris-potentiële begunstigde bij een beroep op de legitieme portie wordt uitgesloten van de groep der potentiële begunstigten, hetgeen betekent dat de trustee de aan hem toegekende bevoegdheid tot aanwijzing niet ten gunste van de legitimaris-potentiële begunstigde kan uitoefenen.⁶⁹

3.3.2.4 *Inkorting van giften in het kader van de trust*

Wanneer de aanspraak van de legitimaris is vastgesteld, heeft hij een vordering in geld op de gezamenlijke erfgenamen, dan wel de langstlevende echtgenoot.⁷⁰ De situatie kan zich echter voordoen waarbij het saldo van de nalatenschap ontoereikend is om de gehele vordering van de legitimaris te voldoen. In dat geval kan de legitimaris voor het resterende deel van zijn vordering op voet van art. 4:89 lid 1 BW de daarvoor vatbare giften inkorten, voor zover zij aan zijn legitieme portie afbreuk doen. In het kader van de trust kan de

69 Vgl. ook: M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 238.

70 Art. 4:80 BW.

inkorting op diverse wijzen geschieden, afhankelijk of er sprake is van een 'fixed' trust, dan wel een 'discretionary' trust.⁷¹

De vraag op welke wijze de inkorting van een inbreng in een 'fixed' trust dient te geschieden, is afhankelijk van de vraag of de inbreng waarop de inkorting betrekking heeft, al dan niet (voor een deel) aan begunstigde is uitgekeerd. Is de gehele inbreng aan de begunstigde uitgekeerd, dan dient de inkorting (naar rato van zijn aandeel in het trustfonds) bij de begunstigde plaats te vinden. Heeft een uitkering van de inbreng daarentegen nog niet plaatsgehad, dan dient de inkorting bij de trustee te geschieden. Indien de trustee echter een deel van de inbreng aan de begunstigde heeft uitgekeerd, dan dient de inkorting te geschieden naar rato van zijn aandeel in de trust waarbij rekening wordt gehouden met hetgeen reeds is uitgekeerd aan de begunstigde. Dat impliceert dat indien een deel van de inbreng waarop de inkorting betrekking heeft, is uitgekeerd aan de begunstigde, de inkorting geschiedt naar het percentage van de waarde dat reeds is uitgekeerd aan de begunstigde en het percentage van de waarde dat nog tot het trustfonds behoort. Derhalve vindt de inkorting plaats bij zowel de trustee als de begunstigde.

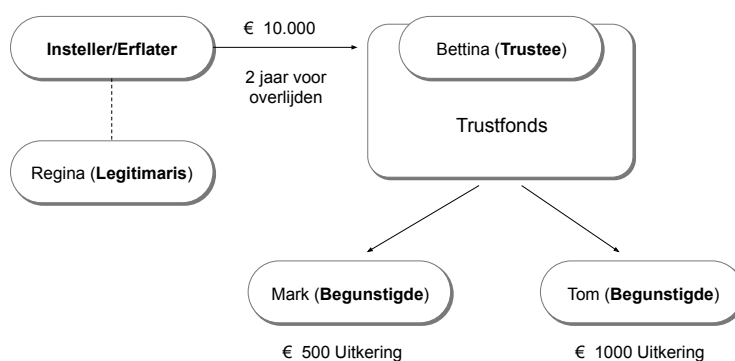
Ingeval een inbreng in een 'discretionary' trust moet worden ingekort, dient de inkorting in beginsel bij de trustee te geschieden. Wanneer er evenwel een uitkering heeft plaatsgevonden, zijn mijns inziens dezelfde regels die gelden voor inkorting bij de 'fixed' trust van toepassing op de inkorting van de 'discretionary' trust.

71 Anders: I.S. Joppe, 'Iets over het Erfrechtverdrag en het Trustverdrag' in: E. Hondius e.a.(red.), *Quod Licet: Kleijn-Bundel?: bundel aangeboden aan prof. mr. W.M. Kleijn ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar burgerlijk recht en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden op 21 februari 1992*. Deventer: Kluwer 1992, p. 196; E.R. Roelofs, *De private express trust en de legitieme portie. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Ars Notariatus, nr. 146), Deventer: Kluwer 2011, p. 97-98, die van mening zijn dat de inkorting enkel bij de trustee moet plaatsvinden.

Ter illustratie het volgende rekenvoorbeeld met betrekking tot de 'fixed' trust:

Voorbeeld: Inkorting in een 'fixed' trust

+ € 100.000	Reeds aanwezig in het trustfonds
+ € 10.000	Eenmalige inbreng in de trust
- € 1.500	Eenmalige uitkering uit het trustfonds
<u>€ 108.500</u>	



Stel:

- * Legitieme portie van Regina: € 5.000
- * Legitieme *tekort* van Regina na inkorting op (andere) makingen: € 2.000

Berekening

$$\frac{(\text{tekort})}{(\text{inbreng})} = \frac{€ 2.000}{€ 10.000} = \frac{1}{5}$$

$$\text{Mark: } 1/5 \times € 500 = € 100$$

$$\text{Tom: } 1/5 \times € 1.000 = € 200$$

$$\text{Bettina: } 1/5 \times € 8.500 = € 1.700$$

$$\text{totaal: } € 2.000$$

4 DE INVOERING VAN DE TRUST IN HET NEDERLANDSE RECHT

Zoals in paragraaf 5.2.1 reeds is gemeld, was bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid in 2011 een wetsvoorstel inzake de invoering van de trust in het Nederlandse recht in de maak. Het feit dat het ministerie de voorbereiding hiervan op zich heeft genomen, getuigt mijns inziens – anders dan gedurende de behandeling van het wetsvoorstel betreffende de aanvaarding van het HTV in Nederland in de jaren 80 en 90 – van een gewijzigde opvatting over de invoering van de trust in het Nederlandse recht en de bereidheid om hiertoe over te gaan. Daarnaast pleit naar mijn mening het in het Koninkrijksrecht toepasselijke concordantiebeginsel voor de invoering van de Nederlandse trust,

gelet op het feit dat op grond hiervan het burgerlijk recht in alle landen van het Koninkrijk zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze dient te worden geregeld. In tegenstelling tot het Curaçaose recht zijn er thans hoofdzakelijk twee beperkingen in het Nederlandse recht – het fiduciaverbod en de legitieme portie – die de invoering van de trust in de weg zouden kunnen staan. Beide restricties kunnen echter worden opgeheven door een aantal nadere regelingen in de wet op nemen die ervoor zorgen dat de invoering van trust niet in strijd komt met de grondbeginselen van het Nederlandse vermogensrecht. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het opnemen van de trust als eigensoortige goederenrechtelijke rechtsfiguur in het huidige Nederlandse goederenrechtelijke systeem. Men denke tevens aan een wettelijke regeling die bepaalt dat de rechtshandelingen strekkende tot de totstandkoming van de trust niet tot een ongeldige titel leiden. Daarnaast zou een wettelijke fictie in het kader van de legitieme portie kunnen worden toegevoegd waarin wordt bepaald dat de inbreng in een ‘discretionary’ trust onder omstandigheden geacht wordt een gift te zijn aan een potentiële begunstigde.⁷² Kortom, de trust kan niet worden gebruikt om de legitieme portie te omzeilen. Als gevolg van de gepresenteerde oplossingen – zoals uitvoerig in paragraaf 5.3.3 is toegelicht – worden de beperkingen die aanvankelijk als bottleneck werden gezien, geneutraliseerd. Zodoende wordt een vruchtbare bodem gevormd en wordt het pad geëffend voor de introductie van de trust in het Nederlandse recht.

Indien het Curaçaose trustmodel als inspiratiebron fungeert, zou de trust in het Nederlandse burgerlijk recht – evenals in het Curaçaose recht – in titel 3.6 BW dienen te worden opgenomen. Thans is deze titel gereserveerd voor het bewind. Aangezien het bewind met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet meer in het Nederlandse burgerlijk recht zal worden ingevoerd, zal het opnemen van de trust in titel 3.6 BW geen beletsel vormen.⁷³

Bij de introductie van de trust in het Nederlandse recht dient naar ik meen – zoals ook in het Curaçaose recht – zowel de ‘inter vivos’ trust als de testamentaire trust in de trustwetgeving te worden opgenomen op overeenkomstige wijze als voorgesteld in hoofdstuk 4.⁷⁴ Voor de testamentaire trust betekent dit dat de introductie hiervan zal moeten leiden tot een kleine aanpassing van het huidige erfrecht, teneinde het totstandkomingsproces van de trust na het overlijden van de erflater te versoepelen.⁷⁵ Gelet op het feit dat het Curaçaose recht nagenoeg gelijklopend is aan het Nederlandse recht, zal de implementatie van beide soorten trust in Nederland op basis van de voorgestelde reparatie

72 Zie paragraaf 5.3.3.2.

73 Vgl. ook: *Kamerstukken II 1991/92, 17779, 13, p. 2-3.*

74 Vgl. hoofdstuk 4 van dit boek voor specifieke onderdelen van het trustrecht die eveneens in het Nederlandse recht zouden kunnen worden ingevoerd.

75 De testamentaire trust zou derhalve een éénloketfunctie kunnen hebben in het erfrecht, hetgeen betekent dat een combinatie van uiterste wilsbeschikkingen – zoals legaten, lasten en executele benoemingen – en het effect daarvan in één rechtsfiguur kunnen worden geconcentreerd.

van de Curaçaose trustwetgeving, minder belemmeringen met zich meebrengen dan aanvankelijk is betoogd door critici.

De ontwikkelingen in de rechtspraak zullen uitsluitend moeten bieden over de wijze waarop de trustwetgeving het beste dient te worden ingebed in het Nederlandse burgerlijk recht. Dit impliceert derhalve dat de werking van de trust in het Nederlandse recht verder moet worden gestroomlijnd door middel van onder andere jurisprudentie en wetwijzigingen.

5 AFSLUITEND

In dit hoofdstuk zijn de ontwikkelingen ten aanzien van de invoering van de trust, de huidige stand van zaken hiervan en de mogelijkheden voor de introductie van de trust in het Nederlandse recht, besproken. Hierbij is uiteengezet in hoeverre de trust binnen de grenzen van het Nederlandse burgerlijk recht kan worden ingevoerd. Geconcludeerd kan worden dat de wettelijke beperkingen – zoals het fiduciaverbod en de legitieme portie – geen sta-in-de-weg hoeven te zijn. Voor deze beperkingen worden oplossingen aangereikt, zodat de weg naar de invoering van de trust in Nederland geëffend wordt.

