

HET HAAGSE TRUSTVERDRAG IN NEDERLANDS PERSPECTIEF

Mr. C.D. van Boeschoten

HET NEDERLANDSE GOEDERENRECHT EN HET HAAGSE TRUSTVERDRAG

Prof. mr. R.D. Vriesendorp

Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor
Burgerlijk Recht

1994
Koninklijke Vermande bv
Uitgevers sinds 1750

Omslag: C. Koevoets

ISBN 90 5458 1980/CIP

© 1994, C.D. van Boeschoten, R.D. Vriesendorp/
Koninklijke Vermande b.v., Lelystad

De uitgever is zich ervan bewust dat, ondanks de zorg die redactie en uitgever besteden aan de samenstelling van de uitgave, onvolkomenheden kunnen ontstaan. Hier-voor kunnen de uitgever en de redactie helaas geen enkele aansprakelijkheid aan-vaarden.

Voor suggesties aangaande verbetering van de uitgave houdt de uitgever zich aanbe-voelen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opna-men, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van arti-kel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dienst men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeel-te(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16B Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief

mr C.D. van Boeschoten

I.	Inleiding. Karakter van dit preadvies	1
II.	Korte historie van het Haagse trustverdrag	3
III.	Kenmerken en functies van de trust.	4
IV.	Structuur en voornaamste inhoud van het trustverdrag ...	12
V.	Toepassing van het trustverdrag in Nederland	25
VI.	Invoering van een Nederlands trustrecht?	40
VII.	Ratificatie van het trustverdrag wenselijk	43

Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse trustverdrag

Prof. mr. R.D. Vriesendorp

Inleiding	45
-----------------	----

Algemeen Deel

1	Het afgescheiden vermogen van de 'Haagse trust'	49
2.	Het Verdrag en art. 3:84 lid 3 BW	50
3.	Consequenties van art. 4 WCT; een discriminerende bepaling?	54
4.	Uitgangspunten voor inpassing van het Verdrag in het Nederlandse goederenrecht	56
5.	De plaats van de 'Haagse trust' in het Nederlandse systeem.	57
5.1	De 'Haagse trust' als voorwaardelijk eigendomsrecht.	59
5.2	De 'Haagse trust' als beperkt recht	62
5.3	De 'Haagse trust' als rechtspersoon.	65
5.4	Conclusie	66

Bijzonder Deel

6.	De rechtspositie van de trustee en de insteller ten opzichte van elkaar in het kader van de trustcreatie	67
6.1	Verkrijging van trustgoederen door de trustee.	68
6.2	Declaration of trust	68
6.3	Transfer of property	69
6.3.1	Geldige titel.	70
6.3.2	Beschikkingsbevoegdheid en de regeling van art. 3:86-88 BW	71
6.3.3	Leveringsformaliteiten	73

6.3.4	Levering bij voorbaat van trustactiva	79
7.	Verkrijging van de trustactiva door een derde ten behoeve van de trustee	79
8.	Verwerving van trustgoederen door de trustee gedurende de looptijd van de trust; tracing	81
9.	Goederenrechtelijke aspecten van de vervanging en opvolging van een trustee	85
10.	De rechtspositie van de begunstigde gedurende de looptijd van de trust; relatie tot derden	87
10.1	Derden die trustactiva hebben verkregen of onder zich hebben	88
10.1.1	Voorvragen	88
	a) 'Bevoegde' versus 'onbevoegde' beschikkingshandeling	89
	b) Interne werking van de onbevoegdheid	90
	c) Externe werking van de onbevoegdheid	90
10.1.2	Beperkingen op de externe werking van art. 11 lid 3 sub d Verdrag	91
	a) Dwingende regels aangaande overdracht (art. 15 lid 1 sub d Verdrag)	91
	b) Dwingende regels van derdenbescherming (art. 15 lid 1 sub f Verdrag)	93
10.1.3	Uitwerking van derdenbescherming	94
10.1.4	Derden-houders als bedoeld in art. 11 lid 3 sub d, slot, Verdrag	96
10.1.5	Bezware van trustactiva door de trustee	96
10.2	Derden-schuldeisers van de trustee	97
10.2.1	Faillissement en surséance van betaling	98
10.2.2	Beslag	98
11.	De rechtspositie van de begunstigde gedurende de looptijd van de trust	101
11.1	De invloed van origineire wijzen van eigendomsverkrijging	101
11.2	Trustrechtelijke aanspraken van de begunstigde op de trustee	103
12.	Aanspraken van de begunstigde op de trustee na afloop van de trust	105

Bijlage I	Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts	108
Bijlage II	Wetsvoorstel conflictenrecht trusts (TK 1992-1993, 23027).....	129
Bijlage III	Wetsvoorstel goedkeuring inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en op de erkenning van trusts (TK 1992-1993, 23054).....	130

HET HAAGSE TRUSTVERDRAG IN NEDERLANDS PERSPECTIEF

mr C.D. van Boeschoten

I. Inleiding. Karakter van dit preadvies

1. De Vereniging voor Burgerlijk Recht heeft de trust als voorwerp van preadviezen gekozen en heeft het nuttig geacht daarbij ook de internationaal privaatrechtelijke aspecten van deze rechtsfiguur te betrekken. Dat is begrijpelijk omdat de trust geen instelling van Nederlands recht is en zij alleen via de poort van het internationaal privaatrecht (hierna: 'IPR') in de Nederlandse rechtssfeer kan doordringen. Een behandeling van die IPR-aspecten voor de leden van de vereniging moet naar mijn mening echter aan enkele beperkingen onderworpen worden. In de eerste plaats lijkt het inderdaad aangewezen het trust-IPR in overeenstemming met de opdracht van het bestuur te behandelen op de grondslag van het (voor Nederland nog niet in werking getreden) Haagse trustverdrag¹⁾ en niet op basis van commune regels van IPR zoals die bij gebreke van verdrag zouden gelden. De goedkeuring en uitvoering²⁾ van het trustverdrag zijn bij de Tweede Kamer in behandeling (Kamerstukken nrs. 23054 en 23027)³⁾ en het ongeschreven IPR is onder meer reeds besproken in de preadviezen van Dyer en Van Loon (beiden verbonden aan het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht⁴⁾) in 1983 uitgebracht aan de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht.⁵⁾ In de tweede plaats moet de behandeling van de IPR-aspecten in dit preadvies zich richten tot de beoefenaars van het privaatrecht in het alge-

¹⁾ Verdrag van 1 juli 1985 inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en de erkenning van trusts, Trb. 1985,141; Boele-Woelki, Tekstuitgave IPR nr. 134; Recueil des Conventions (1951-1988) van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht nr XXX, blz. 314 e.v. Voor een toelichtend commentaar op het verdrag zie men in de eerste plaats het rapport van A.E. von Overbeck, Actes et Documents van de 15e zitting van de Haagse Conferentie, dl. II, blz. 371/417.

²⁾ Men vergeve mij dat ik het in ons taaleigen doorgedrongen anglicisme 'implementatie' vermijd.

³⁾ Het verdrag is tot dusverre geratificeerd door Australië, Canada, Italië en het Verenigd Koninkrijk. Het is voorts getekend door de USA, Frankrijk, Luxemburg en Nederland. België heeft medegedeeld voornemens te zijn tot ratificatie over te gaan.

⁴⁾ De in 1893 opgerichte Conferentie is een internationale organisatie, waarvan staten lid zijn en waarvan het statuut is vastgesteld bij een op 15 juli 1955 in werking getreden verdrag, Trb. 1953, nr. 80; Recueil blz. 1/3.

⁵⁾ A. Dyer en J.H.A. van Loon, Anglo-Amerikaanse trusts en het Nederlandse recht, Mededelingen van de Ned. Ver. voor Int. R. no. 87; verslag van de vergadering in Mededeling no. 88 blz. 11/36, interventies van Joppe, Van Rooy, Struycken, Aalders, Van Boeschoten en de preadviseurs. Men zie ook nog P. Hefti, Trusts and their treatment in the civil law, (5) Am. Journal of Comparative Law (1956), blz. 553/576; G. Wittuhn, Das IPR des trust (1987); J.P. Béraudo, Les trusts anglo-saxons et le droit français (1992), besproken door G.L. Droz, Rev. Crit. 1992, blz. 609/612.

meen en niet, althans niet in de eerste plaats, tot specialisten in het IPR. Bij een discussie tussen beoefenaren van het burgerlijk recht gaat het vooral om de vraag hoe na inwerkingtreden van het verdrag trusts naar Anglo-Amerikaans recht⁶⁾ aan het Nederlandse rechtsverkeer kunnen deelnemen en hoe daartoe de grenzen tussen verdragsregime en regels van Nederlands recht bepaald moeten worden. In de Vereniging voor Burgerlijk Recht moet de discussie zich daarom concentreren op de gevolgen voor het Nederlandse interne privaatrecht van ratificatie en uitvoering van het trustverdrag, in het bijzonder voor het Nederlandse goederenrecht,⁷⁾ dat behandeld wordt in het preadvies van Vriesendorp. De literatuur over de trust, over de conflictenrechtelijke behandeling van de trust en over het trustverdrag, is echter omvangrijk en laat zich in een preadvies van beperkte omvang en met beperkte doelstelling, in betrekkelijk korte tijd opgesteld, niet verwerken. Bij de behandeling van de consequenties voor het Nederlandse interne recht van ratificatie van het trustverdrag vormen daarom de internationaal privaatrechtelijke aspecten een soort achtergrondmuziek, die hoofdzakelijk dient om het internationale verband niet uit het oog te verliezen. Dit leidt tot een enigszins summiere en globale behandeling die door de beschikbaarheid van eerdere, ook Nederlandse, literatuur wordt gerechtvaardigd. De lezer moet beseffen dat zonder raadpleging van die literatuur niet gemakkelijk voldoende inzicht in het instituut trust en in de internationale behandeling daarvan verkregen wordt. De beste inleiding tot het onderwerp vindt men in het rapport Dyer/Van Loon voor de 15e zitting van de Haagse Conferentie (1982),⁸⁾ de preadviezen van deze auteurs voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (1983)⁹⁾ en het toelichtende rapport bij het trustverdrag van Von Overbeck (1985),¹⁰⁾ alsmede diens eerdere rapport bij het voorontwerp van de Speciale Commissie.¹¹⁾ De trust als fundamentele instelling van de common law en de gevolgen van het

⁶⁾ Ik gebruik de term Anglo-Amerikaanse trusts in het besef dat de samenstellende delen van common law staten (Engeland, Schotland, de deelstaten van de USA, de Canadese provincies) ieder eigen trustrecht hebben. Door de gemeenschappelijke historische wortels vertonen die stelsels van trustrecht echter grote overeenkomst, cf. ook C.A.E. Uniken Venema, WPNR 6092, op blz. 366.

⁷⁾ Ik volg hier de terminologie van het geldende BW al moet ook naar mijn gevoelens de verwisseling van de termen zaken en goederen en de vervanging van zakenrecht door goederenrecht ook met het oog op de internationale terminologie als een misgreep beschouwd worden. Dat traditie en spraakgebruik sterker zijn dan de door de wetgever voorgestane terminologie blijkt o.m. uit de handhaving van de titel 'Zakenrecht' voor deel 3 van de Asser-serie (I 13e dr. 1992 met subtitel Algemeen Goederenrecht, III 12e dr. 1994 met subtitel Zekerheidsrechten).

⁸⁾ Adair Dyer en Hans van Loon, Report on trusts and analogous institutions, mei 1982, Actes et Documents XVe zitting, dl. II, blz. 10/110.

⁹⁾ Zie noot 6.

¹⁰⁾ Zie noot 1.

¹¹⁾ Actes et Documents XVe zitting, dl. II, blz. 172 e.v. Dit rapport is ook daarom van belang omdat het latere rapport bij de verdragstekst zich deels beperkt tot toelichting van de ter conferentie in het voorontwerp aangebrachte wijzigingen.

trustverdrag voor Nederland zijn bij ons in de eerste plaats behandeld door Uniken Venema.¹²⁾ Daarnaast zijn belangrijke publicaties aan de de trust en zijn internationale aspecten gewijd door Hijmans van den Bergh,¹³⁾ Henriquez,¹⁴⁾ Duynstee,¹⁵⁾ Snijders,¹⁶⁾ Koppenol-Laforce,¹⁷⁾ Joppe,¹⁸⁾ Van Kooten¹⁹⁾ en Kleijn.²⁰⁾ Het is verleidelijk ook de vraag te behandelen of receptie door Nederland van een trustrecht naar Anglo-Amerikaans voorbeeld wenselijk of noodzakelijk zou zijn, maar dat gaat het kader van dit preadvies eigenlijk al te buiten. Die vraag behandel ik daarom slechts summier.

II. Korte historie van het Haagse Trustverdrag

2. De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht besloot, naar aanleiding van een voorstel van haar Permanent Bureau, in haar in 1980 gehouden 14e zitting de trust in het toekomstig werkprogramma op te nemen. Het voorstel had in brede kring, zowel in common law als in civil law landen, instemming gevonden. Overeenkomstig de bij de Conferentie gebruikelijke werkwijze werd de behandeling van het onderwerp voorbereid door een rechtsvergelijkend rapport opgesteld door twee aan het permanent bureau verbonden juristen,²¹⁾ later de auteurs van de hiervoor reeds genoemde preadviezen. De behandeling in een plenaire zitting van de Conferentie is voorbereid door drie zittingen van z.g. 'Commissions Spéciales' gehouden in 1982 en 1983. Het (ontwerp-)verdrag is tot stand gekomen in de 15de zitting van de Conferentie gehouden van 8 tot 20 oktober 1984. Vanaf de

¹²⁾ Zie onder meer de volgende geschriften van C.A. Uniken Venema: *Trustrecht en bewind* (diss. 1954); *De overdracht ten titel van beheer aan een 'trustee' volgens het huidige en volgens het nieuwe BW, Goed en Trouw* (Van der Grintenbundel 1984), blz. 543 e.v.; *Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht*, WPNR 5727/5729; (met S.E. Eisma) *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, preadv. Ver. Handelsrecht 1990; het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts, WPNR 6092, 6093 en 6095; een uitvoerige behandeling van het Anglo-Amerikaanse trustrecht vindt men in zijn *Law en Equity* (1990), blz. 133/220.

¹³⁾ L.J. Hijmans van den Bergh, *De Engelse 'Trust' en het Nederlandse IPR, De Conflictu Legum* (Kollewijn-Offertausbundel, NTIR 1962), blz. 254 e.v.

¹⁴⁾ E. Cohen Henriquez, *De trust in het IPR*, NTIR 1965, blz. 251 e.v.; *Ontmoetingen met Anglo-Amerikaanse trusts*, TVVS 1986, blz. 237 e.v. en 270 e.v.; *De erkenning van Anglo-Amerikaanse trusts en buitenlandse vennootschappen*, in *Offertauskring 25 jaar* (1987), blz. 41/53.

¹⁵⁾ F.A.A. Duynstee, *Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?*, WPNR 6092.

¹⁶⁾ W. Snijders, *Trustverdrag en Nederlands materieel recht, Grensoverschrijdend privaatrecht* (Van Rijn van Alkemade-bundel 1993), blz. 231 e.v.

¹⁷⁾ M.E. Koppenol-Laforce, *De trust in het EEX, Tot vermaak van Slagter* (Slagter-bundel 1988), blz. 95 e.v.

¹⁸⁾ I.S. Joppe, *Iets over het erfrechtverdrag en het trustverdrag, Quod Licet* (Kleijn-bundel 1992), blz. 179/198.

¹⁹⁾ H. van Kooten, *De Anglo-Amerikaanse trust in het toekomstige IPR*, AA 1993, blz. 637 e.v.

²⁰⁾ W.M. Kleijn, *De trust in Nederland*, CJHB (Brunner-bundel 1994), blz. 209 e.v.

²¹⁾ Zie noot 8.

tweede zitting van de Commission Spéciale is de Zwitser A.E. von Overbeck (voorheen verbonden aan het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie, later hoogleraar in het IPR te Fribourg en vervolgens directeur van het Zwitserse federale instituut van rechtsvergelijking te Lausanne) opgetreden als rapporteur. De zittingen van de speciale commissies en de aan de trust gewijde zittingen van de conferentie werden voorgezeten door de schrijver van dit preadvies.

III. Kenmerken en functies van de trust

3. Het ligt voor de hand eerst stil te staan bij de typische kenmerken van de trust, de Anglo-Amerikaanse trust in het bijzonder. Met het oog op deze laatste is immers het trustverdrag tot stand gekomen, ook al treft men wellicht buiten de rechtskring van de common law figuren aan die met de trust van de common law landen verwant zijn en onder het trustbegrip van het verdrag zouden kunnen vallen. Opmerking verdient hier overigens dat Fratcher, doelende op het bewind en de fiduciaire eigendomsoverdracht naar het oude BW, Nederland ten onrechte rekende tot de landen die de trust gerecipieerd hebben.²²⁾

4. Belangrijke elementen van de trust (naar Engels recht) vindt men reeds weergegeven in een uitspraak van de Hoge Raad (Belastingkamer) van veertig jaar geleden.²³⁾ Het valt onmiddellijk op dat het college daarin geen poging heeft gedaan de trust bij wege van aanpassing om te vormen tot een vergelijkbare instelling van Nederlands recht. Veeleer heeft de Hoge Raad toen de trust als instelling van buitenlands recht erkend en daaraan de door het toepasselijke vreemde recht verbonden rechtsgevolgen toegekend. Hij overwoog toen onder meer:

‘Overwegende dat de rechtspositie van de trustees, aan wie het kapitaal is overgedragen, blijkens de vaststelling van den Raad van Beroep, in hoofdzaak wordt gekenmerkt door hun verplichtingen jegens de beneficiaries;

dat dit hierop neerkomt, dat de trustees de bevoegdheden welke zij met betrekking tot het beheer en de beschikking over de trustgoederen aan de trustacte ontleen, verkregen hebben als fiduciaire rechten, welke zij, overeenkomstig de hun jegens de beneficiaries opgelegde verplichtingen, uitsluitend ten bate van deze beneficiaries mogen uitoefenen;

Overwegende, dat deze positie van de trustees meebrengt, dat, ondanks de rechten en de beschikkingsmacht, welke ten aanzien van het trustkapitaal in hun handen zijn gelegd — nu zij deze nimmer ten bate van zichzelf, doch alleen ten behoeve van anderen mogen aanwenden —, dit kapitaal voor de trustee geen enkele vermogenswaarde vertegenwoordigt, doch dat dit in economische zin uitsluitend betekenis

²²⁾ W.F. Fratcher, Trust, Intern. Encycl. of Comp. Law VI, 11 (1973), blz. 99/102.

²³⁾ HR 24. nov. 1954, BNB 1955 nr. 7, noot H.R. Hellema, zie ook HR 10 juni 1953, BNB 1953, nr. 204, noot H.J. Hellema.

heeft voor diegenen, te wier behoefte de bevoegdheden door de trustees worden uitgeoefend;

.....Overwegende, dat uit het bovenoverwogene volgt, dat de Raad van Beroep terecht heeft geoordeeld, dat de aan belanghebbendes echtgenote als beneficiary toekomende rechten voor de heffing van de vermogensbelasting met toepassing van de bepalingen van de Wet op de Vermogensbelasting 1892 niet mogen worden beschouwd als eigendom van de goederen (effecten) zelf, die het trustvermogen uitmaken, daar bedoelde rechten haar draagkracht alleen vermeerderen door het haar verschaft bezit van en de beschikking over het bovengenoemde vruchtge-
not;

dat deze rechten evenmin mogen worden aangemerkt als eigendom dier goederen bezwaard met fidecommis, noch als het bezit dier goederen in vruchtgebruik, daar, al moge haar rechtspositie als beneficiary enige gelijkenis vertonen met die van den bezwaarde bij een familie-fidecommis, vermeld in de art. 1020 en volgende van het Burgerlijk Wetboek voor het geval de aan het fidecommis onderworpen goederen onder bewind zijn gesteld, evenals deze positie enige overeenstemming vertoont met die van den vruchtgebruiker, omschreven in het Burgerlijk Wetboek, voor het geval de aan vruchtgebruik onderworpen goederen onder bewind gesteld zijn, er daarmede geenszins volkomen overeenstemming bestaat... (ceteris omissis).²⁴⁾

5. De wezenlijke kenmerken van de trust herkent men aldus reeds: de trustees zijn fiduciair eigenaar van de trustgoederen; die vormen een afgescheiden vermogen, dat voor de trustees geen vermogenswaarde heeft; de beneficiaries hebben de hun volgens de trustacte toegekende rechten (die vermogenswaarde hebben) maar zijn niet juridisch eigenaren van het trustvermogen. Die figuur verschilt van vergelijkbare Nederlandse rechtsfiguren als fidecommis, bewind en vruchtgebruik. Daarop strandde het betoog van de Staatssecretaris van Financiën die bij de beneficiaries vermogensbelasting naar rato van de volle waarde van de trustgoederen wilde heffen. De Hoge Raad kwam aldus terug van eerdere rechtspraak volgens welke effecten onder trustverband geacht werden de belanghebbende in volle eigendom toe te behoren.²⁴⁾

Deze lijn, waarvan het begin ongeveer samenvalt met het verschijnen van de dissertatie van Uniken Venema, heeft zich later voortgezet.²⁵⁾ In de Nederlandse fiscale rechtspraak is derhalve reeds lang aanvaard, dat Anglo-Amerikaanse trusts moeten worden behandeld als een door vreemd recht beheerste instelling van eigen aard, die men niet met een Nederlandse rechtsfiguur gelijk kan stellen.

6. Dat is, zo zou ik menen, het uitgangspunt dat bij de gehele discussie voorop moet staan. De trust, waarvan de wortels liggen in het Engelse onroerend goed recht, is een voor de Anglo-Amerikaanse rechtskring fundamentele en autonome rechtsfiguur, even wezenlijk en

²⁴⁾ HR 5 nov. 1941, PW 14629.

²⁵⁾ Zie onder meer HR 1 nov. 1961, BNB 1962 nr 87 (noot Y.D.C. van Duyn); HR 17 nov. 1971, BNB 1972 nr. 13 (noot P. den Boer); HR 18 sept. 1991, BNB 1992, nr. 177 (noot Hoogendoorn); HR 18 sept. 1991, BNB 1992 nr 286 (noot Hoogendoorn). Men zie ook het overzicht van fiscale rechtspraak over de trust in F. Sonneveldt, Het Haags trustverdrag en zijn consequenties voor het Nederlandse belastingrecht, WPNR 6092.

onmisbaar als bij ons de categorieën overeenkomst en onrechtmatige daad zoals wij die verstaan.²⁶⁾ Het trustrecht moet bovendien begrepen worden tegen de achtergrond van een goederenrecht, dat ook wezenlijk van het onze verschilt. Wij hebben met de invoering van het Romeins-Napoleontische eigendomsbegrip definitief gebroken met de feodale eigendomsverhoudingen (waarin wel degelijk meerdere eigendomsachtige rechten konden samenlopen en verschuivingen tussen categorieën van rechten optraden) terwijl het Engelse recht, in het bijzonder wat onroerende goederen betreft, nooit met een begrip als 'ownership' in de zin van het meest volkomen recht dat men op een goed kan hebben, gewerkt heeft. Daar is de feodale herkomst van 'property' verhoudingen blijven doorwerken en spreekt men veeleer van '(legal) title' dan van ownership. 'Title' is echter een veel relatiever begrip dan eigendom of ownership. Er zijn gradaties van title en de civil law²⁷⁾ opvatting van de eigendom als algemeen en absoluut recht, slechts beperkt door beperkte zakelijke rechten behorende tot een gesloten systeem, is niet die van de Anglo-Amerikaanse rechtskring.²⁸⁾ Men zou in aansluiting hierop kunnen opmerken dat men in de civil law jurisdicties veel minder moeite heeft met het erkennen van onder Anglo-Amerikaans recht verkregen 'eigendoms'-rechten dan met de erkenning van de trust. Het lijkt niet te gewaagd te veronderstellen dat de verklaring daarvan is dat men eigendomsrechten buiten trustverband nog in bekende categorieën kan rangschikken terwijl een categorie 'trust' in de civil law landen ontbreekt. Niettemin kan dan onder de oppervlakte verborgen blijven dat eigendoms- en andere zakelijke rechten van Anglo-Amerikaanse herkomst een andere inhoud kunnen hebben dan wij daaraan plegen toe te kennen. Evenzo echter hebben wij minder moeite met het erkennen van vreemde vennootschappen en rechtspersonen dan met het erkennen van trusts, hoewel men in buitenlandse rechtssystemen vennootschapsvormen en andere samenwerkingsverbanden aantreft, die men niet zomaar met Nederlandse of andere Europees-continentale vennootschappen of rechtspersonen gelijk kan stellen.

7. Ik keer nu terug tot de kenmerken van de trust. Om te beginnen moet men vaststellen dat deze rechtsfiguur zich in zoveel variaties voordoet en voor zulke verschillende doeleinden gebruikt wordt, dat

²⁶⁾ Zie ook Uniken Venema, *Law en Equity*, nrs. 28.1 en 28.2; idem WPNR 6092.

²⁷⁾ Ik gebruik deze in de Anglo-Amerikaanse literatuur gebruikelijke term om de niet Anglo-Amerikaanse, in het bijzonder Europees-continentale, rechtssystemen van Romeins-rechtelijke herkomst aan te duiden.

²⁸⁾ Men zie over het onderwerp ook F.H. Lawson in *Intern. Encycl. of Comp. Law*, Vol. VI, Ch. 2, *Structural Variations in Property Law* (1972) nrs. 24 - 47; Uniken Venema, *Law en Equity* (1990) nrs. 17 t/m 27.

zij zich voor een dogmatische juridische definitie — zoals wij voor de eigendom in art. 5:1 BW behouden hebben — niet heel goed leent. In handboeken en andere Anglo-Amerikaanse literatuur vindt men dan ook dikwijls veeleer een (uitvoerige) beschrijving van kenmerken dan een definitie van trust. Een handboek als Underhill and Hayton, *Law Relating to trusts and trustees*,²⁹⁾ dat begint met een eerste afdeling van 27 pagina's met de titel 'preliminary definitions', doet daar een poging tot een algemene definitie, die als volgt luidt:

'A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or 'cestuis que trust' of whom he may himself be one), and any one of whom may enforce the obligation. Any act or neglect on the part of a trustee which is not authorized or excused by the terms of the trust instrument, or by law, is called a breach of trust.'

De schrijver vermeldt dat deze definitie in de Engelse rechtspraak instemming heeft gevonden³⁰⁾ maar voegt meteen toe dat de definitie onder meer gekritiseerd is omdat de charitable trust er niet door gedekt wordt, terwijl het de lezer zal opvallen dat de insteller van de trust ('settlor', in Schotland 'truster') in de definitie niet voorkomt. Dat is te begrijpen omdat er behalve door een settlor ingestelde trusts ('express trusts') ook krachtens wet of rechterlijke beslissing van rechtswege ontstaande trusts zijn.³¹⁾ Een andere Engelse auteur ziet het hoofdkenmerk van de trust daarin 'that property can be managed by one person for the benefit of a second person'³²⁾. De Amerikaanse auteur Fratcher³³⁾ geeft de volgende omschrijving:

'The trust is a legal device developed in England whereby ownership of property is split between a person known as a trustee, who has the rights and powers of an owner, and a beneficiary, for whose exclusive benefit the trustee is bound to use those rights and powers.'

²⁹⁾ 14e druk 1987, met supplement 1992, Article 1, blz.3. De bewerker, D.J. Hayton, heeft als hoofd van de delegatie van het Verenigd Koninkrijk aan het Haagse trustverdrag meegewerkt.

³⁰⁾ Met verwijzing naar *Green v. Russell* [1959] 2 QB 226, *Romer LJ* op blz. 241.

³¹⁾ Men zie over pogingen tot definitie van de trust ook *Parker and Mellows, The Modern Law of Trusts* (6e dr. 1994), blz 7/9. Deze auteurs prijzen de omschrijving van Underhill maar vinden die van het trustverdrag acceptabel: 'no trust recognized by English law falls outside the four corners of this most recent of the many attempts to define a trust'.

³²⁾ A.J. Hawkins in *W.A. Wilson e.a. Trusts and Trust-like Devices* (1981), blz. 3.

³³⁾ W.F. Fratcher, *Intern. Eneycl. of Comp. Law Vol. VI, Ch.11* (1973), blz. 3

8. De belangrijkste kenmerken van de trust die men op grond van Anglo-Amerikaanse literatuur kan aanwijzen zijn:

- a) aanwezigheid van een trustvermogen³⁴⁾ (trust property, trust res, trust assets of trust fund), dat afgescheiden blijft van het persoonlijk vermogen van de trustee;
- b) zeggenschap ('control'), gewoonlijk omvattende beheer en beschikking, bij een of meer trustees, die 'legal title' daarvan hebben;
- c) bestuur ('management') van het trustvermogen ten behoeve van een bepaald doel (charitable trust) of van een of meer beneficiaries of categorieën van beneficiaries, ten opzichte van wie de trustees fiduciaire verplichtingen hebben.

9. Ten opzichte van de trustgoederen en van wat daarvoor in de plaats is gekomen hebben de beneficiaries, als equitable owners, rechten om die goederen in handen van derden te vervolgen ('tracing'). In onze terminologie zou men zeggen dat die rechten niet zuiver obligatoir zijn maar zakelijk karakter hebben.³⁵⁾ Niettemin hebben Dyer/Van Loon in twijfel getrokken of men de trust mag karakteriseren met het begrip 'dual ownership' zoals civil law juristen soms doen.³⁶⁾ Men zou daarmee op een dwaalspoor geraken omdat men geen recht doet aan de geheel andere structuur van het Anglo-Amerikaanse eigendomsrecht, dat veel ruimere mogelijkheden biedt tot een 'flexible fragmentation of ownership'.

10. De beschrijving³⁷⁾ veeleer dan definitie van de trust in het trustver-

³⁴⁾ Uniken Venema, *Law and Equity* nr. 31.3 acht de term trustvermogen, ook gebruikt in de Nederlandse vertaling van het verdrag, minder juist omdat er geen plaats zou zijn voor trust-schulden. Ook als het echter waar is dat de trustee persoonlijk aansprakelijk is voor in het kader van zijn beheer (geldig) gemaakte schulden en dat 'de trust' als zodanig niet kan worden aangesproken, zou ik menen dat men niettemin van een trustvermogen kan spreken omdat dergelijke schulden uiteindelijk ten laste van de trustgoederen gebracht mogen worden. Men denke bijv. aan belastingsschulden (Underhill-Hayton, Art. 43) en het honorarium van de trustee (indien voorzien bij de trust-akte of door de rechter toegekend, cf. a.w. Art. 60).

³⁵⁾ Zie o.m. Underhill-Hayton, Art. 95 en 104, die onder het begrip 'tracing' kennelijk zowel het volgen van de oorspronkelijke trustgoederen in de handen van derden verstaan als de zakelijke aanspraken van de beneficiaries op goederen die in breach of trust daarvoor in de plaats gekomen zijn; Hawkins in Wilson, *Trust and Trust-Like Devices* blz. 10 en Van Loon, *preadv.* nrs. 19-21. Uniken Venema, *WPNR* 6093, blz. 391, beperkt het begrip 'tracing' tot de leer van de zaaksvervanging. Het laatste is m.i. niet de zienswijze waarvan men ter conferentie is uitgegaan, cf. rapport Von Overbeck, nr. 113. Zie ook nog Parker and Mellows, *The modern law of trusts* (6e druk 1994), blz. 608 e.v., waar eveneens onder tracing wordt verstaan het volgen zowel van 'property in its original form' als van 'property following a change of form.'

³⁶⁾ Rapport Dyer/Van Loon blz. 17. Dyer, *preadvies* blz. 8, heeft het begrip 'dual ownership' een red herring genoemd.

³⁷⁾ Dat het verdrag geen definitie in de eigenlijke zin van het woord geeft is ook de visie van de MvT bij de goedkeuringswet (Kamerstukken 23054 no 3), blz. 3.

drag³⁸⁾ sluit in ieder geval aan bij het hierboven uiteengezette. Zij luidt als volgt:³⁹⁾

'For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created — inter vivos or on death — by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics —

- a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;
- b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

11. In de begripsomschrijving van het verdrag komt de insteller van de trust (settlor), anders dan in die van Underhill-Hayton en Fratcher, wel voor. Daarmede beperkt het verdrag het begrip tot die trusts die bij daarop gerichte rechtshandeling zijn ingesteld, de z.g. 'express trusts',⁴⁰⁾ ook wel 'voluntary trusts' genoemd. Trusts die op andere wijze tot stand komen (en waarbij er in beginsel noch van een insteller noch van een trust-akte sprake is), vallen buiten het bereik van het verdrag. Dat betekent intussen nog niet dat men met zulke trusts in Nederland niet van doen zou kunnen krijgen noch dat men bij de behandeling daarvan niet soortgelijke regels als vervat in het verdrag zou mogen toepassen. Artikel 14 van het verdrag bepaalt immers dat dit niet in de weg staat aan de toepassing van regels die voor de erkenning van trusts gunstiger zijn.

12. Na deze korte inleidende verkenning van het trust-begrip past het een aantal van de belangrijkste toepassingen van de trust kort de revue te laten passeren. Ik beperk mij daarbij tot de express trusts en stel voorop dat die zowel bij trust-akte onder de levenden (inter vivos trust) als bij testament (testamentary trust) kunnen worden ingesteld. Men ziet dan dat daarmede zeer onderscheiden doelen gediend worden: vermogens- en verervingsplanning van particulieren, ondernemingen, pensioenfondsen, beleggingsfondsen, zekerheidsconstructies, stemrechtregelingen, behartiging van culturele, wetenschappelijke en

³⁸⁾ Ik citeer de verdragsbepalingen bij voorkeur in de Engelse tekst, die een van de twee gelijkkelijk authentieke teksten is maar gelet op het onderwerp van het verdrag en de werkwijze van de redactiecommissie en de conferentie (de meeste ontwerpen en amendementen werden oorspronkelijk in het Engels geschreven) de bedoeling het zuiverste weergeeft.

³⁹⁾ Trustverdrag, art. 2.

⁴⁰⁾ Zie over de express trust en het onderscheid tussen deze en constructive en statutory trusts Uniken Venema, *Law en Equity*, nrs. 28.4.1. en 29-32; P. Czermak, *Der express trust im IPR* (1986).

liefdadige doelen.⁴¹⁾

a. *Estate planning*. In de Anglo-Amerikaanse rechtskringen, en wellicht het meest in de USA, is 'estate planning' een afzonderlijke juridische discipline. Zij omvat het geheel van regelingen met betrekking tot grote familievermogens en de vererving daarvan. De trust is daarbij een onmisbaar instrument. Een soortgelijk juridisch hulpmiddel ontbreekt bij ons en in andere civil law landen. Dat is in zoverre ook begrijpelijk dat de trust typisch past in rechtsstelsels met grote testeervrijheid. Onze mogelijkheden zijn beperkt tot regelingen bij testament of huwelijksvoorwaarden, het oprichten van stichtingen, het certificeren van aandelen, schuldvorderingen of onroerend goed. Of de vooral door Uniken Venema verdedigde 'eigendom ten titel van beheer', zoals deze auteur en zijn medestander Eisma,⁴²⁾ menen, als een afzonderlijke rechtsfiguur in ons recht past, kan men betwijfelen en die twijfel spreekt b.v. uit de behandeling door Mijnsen van fiduciaire rechtsverhoudingen en economische eigendom.⁴³⁾

b. *Ondernemingsrechtelijke toepassingen*. Hoewel trust en anti-trust nu geheel gescheiden rechtscategorieën zijn ligt hier de taalkundige relatie met het anti-trustrecht. De business trust ('Massachusetts trust') diende hoofdzakelijk om de tot het einde van de vorige eeuw in de USA geldende regel⁴⁴⁾ te ontgaan dat vennootschappen ('corporations') geen aandelen in andere vennootschappen konden houden.⁴⁵⁾ De meeste 'trusts' waartegen de anti-trustwetgeving⁴⁶⁾ sedert het begin van deze eeuw werd gebruikt, waren echter geen trusts maar corporations.

c. *Voting trusts*. In de USA worden de doeleinden die in Nederland worden gediend met stemrechtovereenkomsten of certificering van aandelen, soms verwezenlijkt door voting trusts waarbij aandeelhouders de uitoefening van hun stemrecht of andere aan de aandelen verbonden rechten overdragen aan trustee.⁴⁷⁾

d. *Onroerend goed beleggingsfondsen*. De hiervoor genoemde Massachusetts trust heeft toepassing gevonden bij de z.g. 'REIT's' ('Real estate investment trust'). In de USA werd daarmee de in veel staten

⁴¹⁾ Zie het rapport Dyer/Van Loon nrs. 58 - 101; Dyer, preadv. blz. 13-22.

⁴²⁾ Zie hun 'Eigendom ten titel van beheer naar komend recht', preadv. Ver. Handelsrecht 1990, passim en hun conclusie I op blz. 348.

⁴³⁾ Asser-Mijnsen — De Haan 3, I (1992) nrs. 538 — 557, met herhaalde verwijzingen naar de opvattingen van Uniken Venema en Eisma.

⁴⁴⁾ De liberalere wetgeving inzake houdstervennootschappen begint bij de New Jersey Holding Company Act van 1899, cf. ook Neale and Goyder, *The Antitrust laws of the USA* (3e dr. 1980), blz. 14.

⁴⁵⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nr. 93

⁴⁶⁾ In de eerste plaats de Sherman Act van 1890 en de Clayton Act van 1914, meermalen gewijzigd of aangevuld.

⁴⁷⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nr. 96.

geldende regel ontgaan dat 'corporations' niet mogen beleggen in onroerend goed dat niet voor hun bedrijfsuitoefening bestemd is.⁴⁸⁾ In het Verenigd Koninkrijk kende men 'property unit trusts', maar het gebruik daarvan werd tegengegaan door het Department of Trade and Industry.⁴⁹⁾

e. *Andere beleggingsfondsen.* Ook fondsen tot belegging in effecten worden soms in de vorm van trusts beheerd (unit trusts).⁵⁰⁾

f. *Pensioenfondsen.* Veel pensioenfondsen worden in de Anglo-Amerikaanse rechtskring onder de rechtsvorm van trusts beheerd. Het ligt in de rede dat in dergelijke trusts zeer grote vermogens bijeengebracht zijn.⁵¹⁾

g. *Trusts als zekerheidsinstrument.* Voor het vestigen van zekerheidsrechten op onroerend of roerend goed ('security interests') wordt de trust veel als instrument gebruikt, zowel bij particuliere hypothecaire leningen als bij grote financieringen van ondernemingen ('trust indentures').⁵²⁾

h. *Charitable trusts.* Waar wij dikwijls de stichting gebruiken, zal vermogen afgezonderd of vermaakt voor culturele, wetenschappelijke of liefdadige doeleinden in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer veelal trust-vermogen beheerd door trustees zijn.⁵³⁾

13. Deze korte opsomming volstaat m.i. om te laten zien dat de trust functioneel voor zeer verschillende toepassingen kan dienen, in het maatschappelijk leven van de Anglo-Amerikaanse rechtskring een essentiële functie vervult en het voertuig tot beheer van grote voor specifieke doeleinden bijeengebrachte vermogens is. Dat die vermogens en de daarbij belang hebbende personen niet alleen in Angelsaksische landen gesitueerd zijn of wonen ligt voor de hand. Daarmede is het probleem van de erkenning van trusts en het aanwijzen van de daarop toepasselijke wet in civil law staten van zelf gegeven. De tijd dat men de trust als onbekende figuur van vreemd recht juridisch gesproken kon afwijzen en buiten de deur houden, was trouwens al voorbij sedert bij de toetreding van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken tot het EEX-verdrag⁵⁴⁾ de trust een plaats in dat verdrag gekregen heeft. In de huidige tekst van het EEX-verdrag regelen de artikelen 5 sub 6° en artikel 17 derde en vierde lid de bevoegdheid in zaken van trust. Artikel 5 geeft bevoegdheid aan de rechter van de staat waar de

⁴⁸⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nr. 93.

⁴⁹⁾ Zie Dyer preadv. blz. 22.

⁵⁰⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nrs. 94/95; Dyer preadv. blz. 21/22.

⁵¹⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nrs. 89-92; Dyer, preadv. blz. 17.

⁵²⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nrs. 98-101; Dyer preadv. blz. 19/21.

⁵³⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nrs. 78-87; Dyer preadv. blz. 17/18.

⁵⁴⁾ Verdrag van 9 oct. 1978, Trb. 1978, 175.

trust gevestigd is. Artikel 17 geeft bevoegdheid aan de in de trustakte aangewezen rechter⁵⁵⁾ (behalve als die aanwijzing inbreuk zou maken op de exclusieve competenties van artikel 16,⁵⁶⁾ of op de bevoegdheden in verzekerings- en consumentenzaken voorzien bij de artikelen 12 en 15). Artikel 53 lid 2 van het EEX-verdrag laat het aan het IPR van het forum over vast te stellen of de trust daar gevestigd is.⁵⁷⁾ Het verdrag van Lugano⁵⁸⁾ bevat dezelfde regels.

IV. Structuur en voornaamste inhoud van het trustverdrag⁵⁹⁾

14. *Indeling.* Het verdrag is verdeeld in vijf hoofdstukken. Hoofdstuk I 'Scope' (art. 1 t/m 5) bepaalt de reikwijdte van het verdrag, omschrijft het trustbegrip en geeft aan welke trusts wel en niet onder het verdrag vallen. Hoofdstuk II 'Applicable Law' (art. 6 t/m 10) regelt het op verdragstrusts toepasselijke recht. Hoofdstuk III 'Recognition' (art. 11 t/m 14) regelt de erkenning van trusts waarop het verdrag van toepassing is. Hoofdstuk IV 'General Clauses' (art. 15 t/m 25) bevat, naast meer algemene bepalingen die men ook in andere verdragen van de Haagse Conferentie pleegt aan te treffen, de artikelen 15, 16 en 19 die de verhouding regelen tussen enerzijds de verdragsbepalingen en anderzijds (i) de volgens de IPR-regels van het forum toepasselijke be-

⁵⁵⁾ Aangezien de instelling van een trust een eenzijdige rechtshandeling is kan men hier niet meer in eigenlijke zin van een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter spreken.

⁵⁶⁾ Cf. over de rechtspleging in trustzaken als er onroerende zaken voorwerp van geschil zijn, ook HvJEG 17 mei 1994, NJ 1994, 648 en daarover A. Briggs, *Trusts of land and the Brussels Convention*, 110 *Law Quarterly Review* (1994), blz. 526/531.

⁵⁷⁾ De Engelse tekst spreekt van 'domiciled', de Duitse van de 'Sitz' van de trust. Zie over het begrip domicilie van de trust Koppenol-Laforce, *De trust in het EEX*, Slagterbundel (1988), blz. 95 e.v., in het bijzonder blz. 108/115; A.E. Anton (de vermoedelijke auctor intellectualis van het begrip 'domicil' van trusts), *Private International Law* (2e dr. 1990), blz. 187/188 en *Civil Jurisdiction in Scotland* (1984), par. 3.19, 5.50- 5.56, 9.27, 10.34-35, en 10.76-77. Volgens de voor Engeland en Schotland geldende *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* is een trust in Engeland of Schotland gedomicilieerd 'if and only if the system of law of that part is the system of law with which the trust has its closest and most real connection', zie Dicey & Morris-Collins, *Conflict of Laws* (12e dr. 1993), blz. 297. Gezien de betekenis die in de bepaling van het toepasselijk recht toekomt aan de plaats waar de trust bestuurd wordt (en ook bij rechtskeuze zullen plaats van bestuur, woonplaats van de trustee en gekozen recht doorgaans samenvallen) zal dit criterium er gewoonlijk toe leiden dat de trust 'domiciled' is ter plaatse waar zij bestuurd wordt, cf. ook Dicey & Morris a.w. blz. 1088/1092.

⁵⁸⁾ Verdrag van 16 sept. 1988, Trb. 1989, 58.

⁵⁹⁾ Voor een algemeen overzicht van de verdragsinhoud zie men behalve de eerder genoemde Nederlandse publikaties ook nog J. Pirrung, *Die XV. Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, Trustübereinkommen vom 1. Juli 1985*, *IPRAX* 1987, blz. 52/58; E. Gailard en D.T. Trautman, *La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, *Rev. Crit.* 1986, blz. 1/31; dezelfde *Trust in Non-Trust Countries*, *Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, 35 *American Journal of Comparative Law* (1987), blz. 307/340; D.J. Hayton, *The Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition*, 36 *International and Comparative Law Quarterly* (1987), blz. 260/282; H. Kötz, *Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des Trust*, *RebelsZ* 1986, blz. 562 e.v.

palingen van dwingend recht; (ii) de voorrangsregels van het forum; (iii) het belastingrecht. Hoofdstuk V 'Final Clauses' (art. 26 t/m 32) regelt ondertekening, ratificatie, reserves, inwerkingtreding en opzegging en kan hier verder onbesproken blijven.

15. *Stelsel van kwalificatie volgens de lex fori en aanpassing.* In civil law rechtsgebieden was tot dusverre de meest verbreide behandeling van de in het eigen rechtssysteem onbekende trust dat men die door aanpassing trachtte te brengen onder een wel bekende rechtsfiguur. De bekendste voorbeelden daarvan zijn de Franse en Zwitserse beslissingen in de Courtois⁶⁰⁾ en Harrison⁶¹⁾ zaken. In beide gevallen kwalificeerde de rechter de trust als een (wederkerige) overeenkomst en werd een erfrechtelijke kwalificatie met de daaraan verbonden gevolgen van de hand gewezen.⁶²⁾ Offerhaus, schrijvende in 1963, wilde, al naar gelang het al dan niet om Nederlands onroerend goed ging, de trust buiten de deur houden of de weg van de aanpassing volgen.⁶³⁾ Loussouarn begint zijn noot onder het Courtois arrest met het signaleren van de eigenaardige moeilijkheden die de onvertrouwde trustfiguur biedt:

'L'arrêt rapporté illustre de façon saisissante les difficultés que rencontrent les juridictions françaises lorsqu'elles se trouvent confrontés au 'trust' anglo-saxon à raison du caractère insolite que revêt cette technique pour tout juriste continental',

maar keurt het resultaat, neerkomende op een beperkte erkenning van de trust, niet af. Lalive pleit in zijn noot onder het Harrison arrest er voor de trust aan een eigen conflictenregel te onderwerpen; dat zou meebrengen dat men het instituut niet meer onder een van de rechtsfiguren van het eigen systeem tracht onder te brengen. In dezelfde richting, erkenning van de trust als instelling van eigen aard, leek ten onzent Hijmans van den Bergh⁶⁴⁾ al te gaan toen hij verdedigde dat men

⁶⁰⁾ Époux Courtois et autres c. Consorts de Ganay Cour d'Appel Paris 10 jan. 1970, Rev. Crit. 1971, blz. 518 e.v., note Droz; Recueil Dalloz Sirey 1972, 122, note Malaurie; Gazette du Palais 1970.1.313, note R.S.; (Journal de Droit International) 1973, 207, note Loussouarn; zie ook rapport Dyer/Van Loon nr. 152; Van Loon, preadv. nr. 39.

⁶¹⁾ Harrison c. Crédit Suisse ATF 96 (1970) II, 79; Journal des Tribunaux (1971) I, 329, note Raymond; Annuaire suisse de droit international (1971), 223, note Visscher; J. 1976, 695, note Lalive. Zie ook rapport Dyer/Van Loon nr. 153; Van Loon preadv. nr. 40; Drielsma, WPNR 5169; D.A.Dreyer, Le trust en droit suisse (1981) nr 305; zie ook Vischer in Heini e.a. IPRG Kommentar (1993) ad art. 150, blz. 1324/1326.

⁶²⁾ In dezelfde richting gaan het Duitse Bundesgerichtshof en de Duitse doctrine, zie BGH 13 juni 1984, IPRax 1985, blz. 221 e.v. (waarin de trust 'mit den dogmatischen Grundlagen des deutschen Rechts unvereinbar' is genoemd) en Von Bar, Internationales Privatrecht (1991), blz. 269, noot 105, en blz. 337; cf. ook Kropholler, IPR (2e dr. 1994), blz. 217. De Duitse tendens lijkt zakenrechtelijk in de richting van volle eigendom van de beneficiary te gaan.

⁶³⁾ J. Offerhaus, Aanpassing in het IPR, Mededelingen Kon. Ned. Ac. v. Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks, dl. 26 nr. 5, blz. 17/18. Zie over aanpassing ook Strikwerda, Inleiding Nederlands IPR (3e dr. 1992) nrs. 51 t/m 55.

⁶⁴⁾ a.w. blz. 262.

enerzijds het recht van de trustee als volledig, maar fiduciair, eigendomsrecht moest erkennen maar anderzijds het recht van de beneficiary moest beschouwen als een zelfstandig zakelijk recht.

16. *Verdragsautonome kwalificatie.* In de besprekingen die geleid hebben tot het trustverdrag heeft al spoedig de overtuiging de overhand gekregen, dat erkenning van trusts beantwoordende aan het Anglo-Amerikaanse type en onbekend in de landen van de civil law, alleen in het juiste spoor kon komen als men de trust als rechtsfiguur van eigen aard erkende en niet langer pogingen deed die onder te brengen in rechtsfiguren van non-trust landen, zoals overeenkomst, vruchtgebruik, bewaargeving of fidecommis. Dat realiseerde het verdrag door te breken met het systeem van kwalificatie volgens de *lex fori*⁶⁵⁾ en vervanging daarvan door een verdragsautonome kwalificatie.⁶⁶⁾ Die vloeit voort uit de omschrijving van het trustbegrip 'for the purposes of this Convention' in artikel 2 van het verdrag in samenhang met de regels inzake erkenning en toepasselijk recht die het verdrag in zijn hoofdstukken II en III geeft voor de trusts die de door artikel 2 beschreven kenmerken vertonen. Het toelichtende rapport van Von Overbeck⁶⁷⁾ formuleert het als volgt:

'This provision may appear as a definition of a trust. In reality, article 2 simply tries to indicate the characteristics which an institution must show — whether this is a trust from a common law country or an analogous institution from another country — in order to fall under the Convention's coverage.'

Dat wil dus zeggen dat, zodra men een verdragstrust tegenkomt, de conflicten- en erkenningsregels van het verdrag van toepassing zijn en dat men daarop niet, met behulp van een op de eigen rechtsbegrippen gegronde kwalificatie, de regels van IPR geschreven voor andere rechtsfiguren toepast. Aldus is de eerste en beslissende stap gezet naar de erkenning binnen de rechtssystemen van de verdragsstaten van de trust als instelling van eigen aard, ook als het betrokken rechtssysteem die figuur niet kent.⁶⁸⁾

17. *Verdragstrusts.* Wat volgens artikel 2 de kenmerken van een verdragstrust zijn is hierboven onder 10 al weergegeven: er moeten trust-

⁶⁵⁾ De in de meeste landen heersende opvatting, cf. voor Nederland Strikwerda, a.w. nrs. 43 t/m 50; Hof Arnhem 1 oct. 1986, NIPR 1987 nr. 96.

⁶⁶⁾ Zie ook Gaillard en Trautman, La convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, Rev. Crit. 1986, blz. 1/31, op blz. 6/7.

⁶⁷⁾ nr 36.

⁶⁸⁾ Zie over het belang van deze ontwikkeling ook Gaillard en Trautman t.a.p. en dezelfde auteurs, Trust in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts, American Journal of Comparative Law 1987, blz. 307/340 op blz. 315/316.

goederen zijn die onder bestuur⁶⁹⁾ van een trustee komen; de trust wordt ingesteld door een settlor; de instelling geschiedt ten behoeve van begunstigten (beneficiaries).⁷⁰⁾ De kenmerken van trusts die in lid 2 van artikel 2 worden opgesomd (afgescheiden vermogen, 'title' ten name van de trustee, gehoudenheid van de trustee om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en zijn wettelijke verplichtingen met de trustgoederen te handelen) zijn veeleer de rechtsgevolgen die volgens het recht van trustlanden aan het instellen van een trust verbonden zijn: ontbreken die volgens het toepasselijke recht dan heeft men wellicht met een trustachtige figuur van doen maar een trust in de zin van het verdrag is het dan niet.

18. *Buiten het verdrag vallende trusts.* De in het verdrag ingebouwde beperkingen van het algemene trustbegrip zijn met name:

a) dat alleen express trusts ('created by a person' in artikel 2, 'created voluntarily' in artikel 3) onder het bereik van het verdrag vallen: resulting,⁷¹⁾ constructive⁷²⁾ en statutory trusts vallen er buiten.⁷³⁾ De 'express' of 'voluntary' trusts kan men weer onderscheiden in 'inter vivos' en 'testamentary' trusts. Bij leven van de insteller kan een trust behalve door overdracht van trustgoederen aan een derde, die als trustee zal optreden, ook geschieden door een 'declaration of trust', d.w.z. een verklaring dat de insteller bepaalde trustgoederen voortaan zal houden als trustee voor in de verklaring (trustakte) genoemde beneficiaries of categorieën van beneficiaries.⁷⁴⁾ Met Uniken Venema zou ik menen

⁶⁹⁾ In verband met de beschikkingsbevoegdheid die trustees normaliter hebben zou ik, evenals de Nederlandse vertaling van het verdrag, de voorkeur geven aan de term bestuur boven die van beheer, door Uniken Venema geïkt voor het begrip 'eigendom ten titel van beheer'.

⁷⁰⁾ Zie ook rapport Von Overbeck nrs. 39-43.

⁷¹⁾ Zie rapport Dyer/Van Loon nr. 110.

⁷²⁾ Zie over constructive trusts onder meer rapport Dyer/Van Loon, nrs. 107/108; Underhill-Hayton, Art. 33-37 en M.C.J. Pallandt, *Constructive Trust* (1992). Uniken Venema (WPNR 6092 op blz. 367) wil een onderscheid maken tussen 'zelfstandige constructive trusts' en 'aanvullende of onzelfstandige constructive trusts'. De laatste, die vooral een rol zou spelen bij 'tracing' van een derde verkrijger te kwader trouw van door een trustee 'in breach of trust' vervreemde trustgoederen, zou wel onder het verdrag erkend moeten worden. Ik zou echter menen dat men niet opzij kan zetten dat verdragstrusts 'voluntarily' moeten zijn ingesteld en dat daarvan door geschrift moet blijken. Als verdragstrusts zou ik een dergelijke trust (met de verkrijger van de goederen als trustee tegen wil en dank) niet willen aanmerken. Aan de opvorderingsactie behoeft dat m.i. niet in de weg te staan als men aanvaardt dat beneficiaries of (andere) trustees aan de erkenning van de oorspronkelijke trust het recht daartoe ontleenen.

⁷³⁾ Artikel 20 biedt echter aan verdragstaten de mogelijkheid de werking van het verdrag uit te breiden tot 'trusts declared by judicial decisions'. De voorgestelde Nederlandse goedkeuringswet of de (ontwerp) Wet Conflictenrecht Trusts bevatten geen bepaling van die strekking. De redenen daarvoor vindt men in de MvT (kamerstukken 23054) op blz. 7/8.

⁷⁴⁾ Zie Underhill-Hayton, Article 9: A trust is completely constituted either (i) by the settlor declaring that certain property vested in him is to be held henceforth by him on certain trusts, or (ii) by the settlor effectively transferring certain property to trustees and declaring the trusts upon which the trustees are to hold such property', en zie voorts Uniken Venema in WPNR 6092, blz. 368.

dat dergelijke door declaratie tot stand gekomen trusts, als aan de overige voorwaarden voldaan is, binnen het bereik van het verdrag vallen.

b) dat van het bestaan van de trust bij geschrifte moet blijken ('evidenced in writing' in art. 3);⁷⁵⁾ waar trusts ook 'resulting' of 'constructive' kunnen zijn, ligt het in de rede dat geschrift niet altijd bestaansvoorwaarde voor een geldige trust is.⁷⁶⁾ De verdragsbepaling heeft het voordeel dat men alleen vreemde trusts behoeft te erkennen waarvan door geschrift voldoende blijkt, zonder dat men, als er geen geschrift is, eerst nog zou moeten onderzoeken of de trust volgens het toepasselijke vreemde recht wellicht toch bestaat.⁷⁷⁾ Een soortgelijke regel vindt men in art. 5 sub 6° van het EEX-verdrag. Uiteraard worden de meeste trusts ingesteld bij veelal uitvoerige en gedetailleerde trustakten. Dat zijn ook de trusts waarvoor het verdrag van belang is. Het verdrag is immers in de eerste plaats geschreven met het oog op regelmatig in trustlanden ingestelde trusts, die door de woonplaatsen van settlor, trustees of beneficiaries of de ligging van de trustgoederen met het land van instelling verbonden zijn, maar die niettemin met de rechtssfeer van een niet-trustland in aanraking kunnen komen.⁷⁸⁾ b.v. doordat (i) de bepalingen van de trust er toe leiden dat personen woonachtig in een niet-trustland, zoals Nederland, rechten als beneficiaries verkrijgen; (ii) dat in een niet-trustland gelegen goederen onder het regime van de trust komen te vallen of, uit hoofde van een beleggingsbeslissing, door de trustees verworven worden; (iii) dat een of meer van de trustees naar een niet-trustland verhuizen zonder dat zulks volgens de bepalingen van de trustakte of het toepasselijke recht tot hun vervanging leidt; (iv) doordat trustgoederen (onrechtmatig) naar Nederland gebracht zijn en daar het voorwerp worden van een opvorderingsakcie van hetzij de trustees hetzij de beneficiaries. Het trustverdrag is evenwel niet geschreven om Nederlanders met in Nederland belegd vermogen en Nederlandse (vermoedelijke) erfgenamen de mogelijkheid te bieden hun vermogen onder het regime van een Engelse of Amerikaanse trust te brengen en nog minder om een trustrecht naar Anglo-Amerikaans model door Nederland of andere non-trust landen te doen recipiëren. In zoverre verschilt het trustverdrag ook niet van andere IPR-verdragen: die zijn er steeds op gericht oplossingen te geven voor

⁷⁵⁾ Dat betekent niet dat er een trustakte moet zijn, zie ook art.6 lid 1 waar naast elkaar worden gesteld 'the instrument creating the trust' en 'the writing evidencing the trust'.

⁷⁶⁾ Cf. Underhill-Hayton, *Law of Trusts and Trustees*, Article 12.

⁷⁷⁾ Zie ook rapport Von Overbeck nr. 52. De auteur van het rapport schrijft daar: 'In fact, a trust may be established orally or by simple delivery of the goods to the trustee, although the execution of an instrument in writing is more customary'. Dat is wellicht een al te generaliserende weergave van het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Trusts van onroerend goed en testamentaire trusts kan men veelal niet zonder geschrift instellen.

⁷⁸⁾ Cf. Henriquez, TVVS 1986, blz. 237 e.v.; Koppenol-Laforce, a.w. blz 108.

het geval de rechtssfeer van het ene land in aanraking komt met een door het recht van een ander land beheerste rechtsfiguur, of dat nu overeenkomst, onrechtmatig handelen, familierechtelijke betrekking, vennootschap of rechtspersoon is. Bij verdrag of wet gegeven IPR-regels kunnen dan ook slaan op instituten die het eigen recht van de forumstaat niet kent. Behalve aan de trust - op zich zelf een sprekend voorbeeld - kan men ook denken aan figuren als de verstoting in het huwelijksrecht, het bigame huwelijk, de adoptie met andere werking en voorwaarden dan de onze, de voogdij of curatele die door andere regels dan de onze beheerst wordt, de buitenlandse, anders georganiseerde, equivalenten van faillissement of surséance van betaling, de vennootschap of rechtspersoon waarvan het wettelijk regime belangrijk verschilt van dat van vergelijkbare instellingen van het eigen recht. Het is buiten verdragsverhoudingen geen regel van IPR dat alles wat significant anders is dan het eigen recht wegens strijd met de internationale openbare orde geweerd kan worden en dikwijls behoeven intern dwingende rechtsregels niet gerekend te worden tot de voorrangregels ('règles d'application immédiate') - die moeten worden toegepast ongeacht het overigens toepasselijke recht -, zoals bedoeld in art. 7 van het EVO-verdrag⁷⁹⁾ en artikel 16 van het trustverdrag.

19. *Erkenning en toepasselijk recht.* In de verdragsonderhandelingen is het een punt van debat geweest of een afzonderlijk hoofdstuk gewijd aan de erkenning van trusts nodig was.⁸⁰⁾ Sommigen meenden dat de erkenning van een onder het verdrag vallende trust reeds voortvloeide uit de regels inzake de op trusts toepasselijke wet. Al is het waar dat het aanvaarden van eigen conflictregels inzake de trust impliceert dat men die rechtsfiguur een mate van erkenning verleent, lijkt de oplossing van het verdrag toch voldoende gerechtvaardigd. Behalve bij vreemde rechterlijke beslissingen spreekt men ook bij andere rechtsfiguren van de erkenning, c.q. de erkenning van de geldigheid daarvan: huwelijken, adopties, vennootschappen, eigendom en andere verkregen rechten. De term is geschikt om samen te vatten dat men aan een onder vreemd recht gecreëerde duurzame rechtsbetrekking in de eigen rechtssfeer effect toekent. De inhoud van het verdrag laat zien dat het ook niet overbodig was, naast de toepasselijke wet, afzonderlijk de erkenning en haar gevolgen te regelen. Met alleen aanwijzing van de op trusts toepasselijke wet, zou immers nog geen antwoord zijn gegeven op de vraag hoe men aan de door vreemd recht beheerste rechtsfiguur

⁷⁹⁾ Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Trb. 1980, 156; Boele-Woelki, Tekstuitgave IPR (1991), nr. 71.

⁸⁰⁾ Zie het rapport van Von Overbeck bij het voorontwerp van de Speciale Commissie, Actes et Documents XVe zitting, dl. II, blz. 189, nrs. 80/81.

in het eigen systeem effect moet geven: door aanpassing, door volledige erkenning van alle door de toepasselijke wet aan de trust verbonden rechtsgevolgen of door een gemengd systeem zoals uiteindelijk in het verdrag is neergelegd, met een lijst van aan de erkenning verbonden gevolgen⁸¹⁾, en als minimum die welke voor het trustbegrip wezenlijk zijn.

20. Het stelsel van het verdrag blijkt uit de artikelen 6 t/m 10 die de op een trust toepasselijke wet aanwijzen in verband met de artikelen 11 t/m 13, die vervolgens voorschrijven dat een trust, die overeenkomstig het krachtens het verdrag toepasselijke recht is ingesteld, in de verdragsstaten als zodanig erkend wordt (art. 11: 'shall be recognized as a trust'). Dit stelsel is - afgezien van de uitzonderingen voorzien voor volgens het recht van het forum toepasselijke regels van dwingend recht - gecompleteerd met vier correcties:

(i) het verdrag, en dus de verplichting tot erkenning, zijn niet van toepassing, voor zover de volgens hoofdstuk II van het verdrag toepasselijke wet niet in trusts of in het betrokken type ('category') van trust voorziet (art. 5);

(ii) als er een rechtskeuze gedaan is en het gekozen recht voorziet niet in trusts of in het betrokken type van trust, dan wordt het toepasselijke recht op basis van objectieve aanknopingen door artikel 7 bepaald (art. 6 lid 2);

(iii) een trust waarvan, afgezien van het gekozen recht, de plaats van administratie en de gewone verblijfplaats van de trustee, de kenmerkende elementen nauwer verbonden zijn met een rechtstelsel dat trusts of het betrokken type van trust niet kent, behoeft niet erkend te worden (artikel 13);

(iv) het verdrag belet niet de toepassing van de voor erkenning van trusts gunstigere regels (artikel 14).

21. Deze verdragsbepalingen resulteren er derhalve in dat men alleen buiten het verdragsregime komt als de volgens objectieve normen toepasselijke wet geen op de betrokken trust toe te passen rechtsregels bevat, c.q. een trust van het betrokken type niet geldig acht. Komt men in deze situatie door een verkeerde rechtskeuze volgens artikel 6 — dat kan zich b.v. voordoen als de trustakte is ontworpen door een adviseur die op de trust een ander dan het eigen recht van toepassing heeft verklaard — dan is er een herkansing volgens artikel 7. Het geval dat een trust 'most closely connected' is met een rechtstelsel dat in trusts of het betrokken type van trust niet voorziet, zal zich intussen niet snel

⁸¹⁾ Cf. ook Von Overbeck, rapport Speciale Commissie, blz 189/190, nrs. 82/84.

voordoen. De Nederlander die, hoewel hij geen buitenlands vermogen van betekenis heeft en evenmin in een trustland wonende erfgenamen, toch een trust wil instellen, zal die niet door Nederlands recht laten beheersen maar zou het recht van een trustland moeten kiezen (in het veronderstelde geval komt men immers zonder rechtskeuze via artikel 7 bij Nederlands recht uit). Kiest hij echter Engels of New Yorks recht, dan zal artikel 13 de toepasselijkheid van de belangrijkste verdragsregels verhinderen.⁸²⁾ Het is een vraag van algemeen Nederlands IPR en van Nederlands intern recht of, in welke gevallen en hoe men een buiten het verdrag vallende trust toch erkennen wil: als het niet om een verdragstrust gaat en intern Nederlands recht van toepassing blijkt, hernemen de beperkingen die uit dat recht kunnen voortvloeien, zoals het gesloten systeem van zakelijke rechten en mogelijkwerijs de regel van art. 3:84 lid 3 BW, ten volle hun werking voorzover men niet op grond van het commune IPR tot een andere conclusie komt. Er was geen reden om in het verdrag verder te gaan dan de regel dat men in dergelijke gevallen de trust niet behoeft te erkennen. Het zou ook niet in dit universele verdrag gepast hebben een bepaling op te nemen die de rechtskeuze verbiedt als het zich voordoende geval, behoudens rechtskeuze en plaats van administratie van de trust, slechts met één land verbonden is: het verdrag is immers ook bestemd om te werken tussen trustlanden onderling⁸³⁾ en laat ruimte voor een voor erkenning van trusts gunstiger regime dan dat van het verdrag.

22. *Primaat van de rechtskeuze.* Wat de toepasselijke wet betreft is de hoofdregel dus autonomie van de insteller van de trust, artikel 6.⁸⁴⁾ Dat is in overeenstemming met hedendaagse opvattingen van IPR, die ook op andere terreinen, waar men dat voorheen afwees, tot aanvaarding van de rechtskeuze hebben geleid.⁸⁵⁾ Wie aan buitenlandse trusts

⁸²⁾ Kleijn, De trust in Nederland, Brunner-bundel (1994), blz. 209 e.v. op blz. 210 lijkt dit enigszins te miskennen, waar hij schrijft dat nergens uitdrukkelijk in de artikelen van het verdrag staat dat een rechtskeuze alleen mogelijk is als het niet om zuiver intern Nederlandse verhoudingen gaat. Dat is nu juist wat artikel 13 — waarvan de formulering overigens afkomstig is van de huidige precadviseur — beoogt te bewerkstelligen, zie ook rapport Von Overbeck nrs. 122-133, met dien verstande dat het verdrag niet verder kon gaan en behoefde te gaan dan in dergelijke gevallen de door het verdrag gevestigde verplichting tot erkenning (en daarmee de verplichte derdenwerking) te doen vervallen, cf. ook Uniken Venema in WPNR 6093, blz. 394.

⁸³⁾ De Australische Law Reform Commission heeft zelfs aanbevolen dat de bepalingen van de hoofdstukken I en II van het trustverdrag 'be extended to apply as between the states and territories of Australia', zie P. Nygh, Reform of Private International Law in Australia, 58 *Rabels Zeitschrift* (1994), blz. 727 e.v. op blz. 737, en blz. 746/747 (tekst van de voorgestelde bepaling).

⁸⁴⁾ A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

⁸⁵⁾ Zie bijv. art. 3 van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag van 14 maart 1978, Trb. 1988, 130, Recueil blz. 228; artikel 5 van het Haagse erfrechtsverdrag van 1 augustus 1989, Recueil blz. 340, Boele-Woelki nr.68; en voor de in de praktijk reeds lang aanvaarde rechtskeuze op het terrein

effect wil geven door ze bij wege van aanpassing als overeenkomst te behandelen (zoals geschied is in de *Courtois-* en *Harrison-zaken*), moet a fortiori rechtskeuze, voor dit rechtsgebied voorop gesteld door artikel 3 van het EVO-verdrag,⁸⁶⁾ ook voor de trust vanzelfsprekend achten. Voor de rechtskeuze zijn verder van belang de artikelen 9, 10 en 13. Artikel 9 laat *dépêchage* toe, in het bijzonder voor het bestuur van de trust, en veroorlooft dus b.v. dat men een trust onderwerpt aan het recht van New York, maar het bestuur aan Engels recht, hetgeen wenselijk kan zijn als de trustee(s) of de meerderheid daarvan in Engeland gevestigd zijn. Uiteraard zal het in het algemeen de voorkeur verdienen de trust in zijn geheel door één rechtssysteem te doen beheersen. Bij wijziging van de plaats van administratie kan splitsing echter geboden zijn. Artikel 10 laat het aan de op de geldigheid van de trust toepasselijke wet over te beslissen of de oorspronkelijk toepasselijke wet, al dan niet voor een afsplitsbaar onderdeel, gewijzigd kan worden. Die bepaling geldt zowel bij rechtskeuze als wanneer de vraag rijst of wijziging van de objectieve aanknopingsfactoren tot toepasselijkheid van ander recht leidt.

23. *De uitzondering op de erkenningsregel.* Tenslotte regelt het reeds besproken artikel 13 in welke gevallen een met het gekozen recht onvoldoende verbonden trust niet erkend behoeft te worden. Het heeft zin bij de werking van die bepaling nog kort stil te staan. Men moet eerst vaststellen dat zij alleen aan de orde komt als de kenmerkende ('significant') elementen, dus de objectieve aanknopingsfactoren, met uitzondering van het gekozen recht, de plaats van administratie en de woonplaats van de trustees, leiden tot toepasselijkheid van het recht van een land dat de trust of het betrokken type van trust niet kent, dus b.v. Nederlands recht. Is het gekozen recht alleen een ander recht dan het trustrecht dat op grond van objectieve aanknopingen van toepassing zou zijn (en kent dit laatste recht ook een trust als is ingesteld) dan speelt artikel 13 geen rol en blijft de verplichting tot erkenning bestaan. De vraag moet dan nog beantwoord worden wat de gevolgen voor de toepassing van het verdrag zijn als de verplichting tot erkenning krachtens artikel 13 wegvalt. Artikel 6 maakt op zich zelf geen uitzondering op de geldigheid van de rechtskeuze voor het geval de

van de onrechtmatige daad HR 19 nov. 1993, NJ 1994, 622 (nt. JCS en PvS).

⁸⁶⁾ Zie over de vraag of het EVO-verdrag op trusts kan worden toegepast *Henriquez*, TVVS 1986, blz. 270 en 272 (die de Nederlandse verwijzingsregel voor overeenkomsten wil toepassen en dan het EVO van toepassing acht) en *Koppenol-Laforce a.w.* blz. 102/103, die m.i. terecht stelt dat zelfs bij kwalificatie als overeenkomst toepassing van het EVO afstuit op de uitsluiting van de trust in artikel 1 lid 2 sub g van dat verdrag. Men zou aan het EVO-verdrag geen recht doen als men eerst de trust als overeenkomst kwalificeert en vervolgens op grond van die kwalificatie de uitsluiting zonder effect acht.

significante elementen van de trust, behalve de door artikel 13 genoemde, alle met het recht van een non-trustland zoals Nederland verbonden zijn. Heeft dus een in Nederland wonende Nederlander met alleen Nederlands vermogen en alleen in Nederland wonende familie, een trust ingesteld die door hem aan Engels recht onderworpen is en door Engelse trustees bestuurd zal worden, dan blijft de rechtskeuze op zich zelf van kracht (tenminste in de veronderstelling dat de trust volgens Engels recht geldig zou zijn en dat is tenminste twijfelachtig als zij in Nederland gelegen onroerende goederen tot voorwerp heeft.⁸⁷⁾ Aangezien dan echter volgens artikel 13 het verdrag niet meer verplicht tot erkenning van de door de artikelen 11 en 12 genoemde rechtsgevolgen,⁸⁸⁾ komt men praktisch gesproken ertoe de werking van de trust naar ongeschreven IPR te beoordelen. Een Nederlander die overweegt onder omstandigheden als hier verondersteld een door vreemd recht beheerste trust in te stellen, zal zich wel tweemaal bedenken voor hij daartoe besluit. Anders gezegd: het verdrag begunstigt niet de instelling van trusts in met het recht van een trustland onvoldoende verbonden gevallen en strekt er niet toe tersluiks de weg naar een Nederlands trustrecht te openen.

24. *Werking van de erkenning.* De gevolgen van erkenning van een trust 'created in accordance with the law specified by the preceding Chapter' zijn omschreven in artikel 11. Lid 2 stelt voorop de hoofdkenmerken die aan iedere verdragstrust eigen zijn: afgezonderd vermogen en bevoegdheid van de trustee om in zijn hoedanigheid van trustee in en buiten rechte op te treden. Hoewel zulks reeds uit de erkenning als trust zou voortvloeien, hebben de ontwerpers van het verdrag het niettemin nuttig geacht twijfel weg te nemen door in artikel 12 op te nemen dat de trustee bevoegd is de trustgoederen 'in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed' in een register te doen opnemen. In hoeverre de overige, normaliter

⁸⁷⁾ Zie Underhill-Hayton, Article 10, blz. 133 en 137. De auteur maakt daar een uitzondering op de regel dat alle in of buiten Engeland gelegen goederen vatbaar voor een trustverband zijn voor het geval dat 'the property is land abroad (and) the trusts sought to be created are inconsistent with the lex loci situs'. Dat is een vorm van renvoi naar het recht van de ligging. Zijn onroerende goederen van deze categorie ('land') in een non-trustland gelegen, is een verplichting tot erkenning van de trust niet gegeven, en acht men daar eigendom onder trustverband met het eigen recht onverenigbaar, dan zal de trust ook naar Engels recht ongeldig zijn. Alles hangt dan af van de vraag of men naar *commun* (Nederlands) IPR en Nederlands intern recht wil aanvaarden dat trustees fiduciair eigenaar van goederen onder (buitenlands) trustverband kunnen zijn. Zie in dezelfde zin als Underhill-Hayton ook Cheshire and North, *Private International Law* (12e druk 1992 bewerkt door P.M. North en J.J. Fawcett), blz. 883/884.

⁸⁸⁾ En dat gevolg zal men ook niet kunnen voorkomen door de kunstmatige toevoeging van een vreemd element, cf. ook Gaillard en Trautman, *Rev. Crit.* 1986, blz. 11/12, waar zij onder meer schrijven: 'on admettra par exemple que l'ouverture d'un compte en banque à Londres ne suffit pas à donner au trust un vernis anglais lui permettant d'être reconnu au titre de la Convention'.

aan een trust verbonden, rechtsgevolgen intreden wordt overgelaten aan de wet waardoor de trust beheerst wordt: geen aansprakelijkheid van het trustvermogen voor persoonlijke schulden van de trustees, het trustvermogen blijft buiten het faillissement van de trustee, de trustgoederen behoren niet tot de nalatenschap van de trustee of tot zijn huwelijksvermogensregime, bevoegdheid tot opvordering van de trustgoederen als de trustee die in strijd met de trustvoorwaarden vervreemd of met zijn eigen vermogen vermengd heeft, zulks behoudens de door artikel 15 (eerste lid sub f) voorbehouden dwingende regels inzake de rechten van derde-verkrijgers te goeder trouw. Bij toepassing van Nederlands recht zal dat neerkomen op bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw van niet-registergoederen. Men bedenke hierbij dat de slotzin van artikel 11, tweede lid, sub d), niet het oog heeft op derde-verkrijgers maar op houders, zoals een bank, onder wie de vervreemde trustgoederen voor rekening van de verkrijger berusten.⁸⁹⁾ Zou men in deze bepaling ook een regel inzake derde-verkrijgers willen lezen dan zou dat onderwerp in de artikelen 11 en 15 van het verdrag op verschillende wijzen geregeld zijn: in artikel 11 door verwijzing naar de volgens de conflictenregels van het forum toepasselijke wet en ongeacht het al dan niet dwingende karakter van die regels en in artikel 15 alleen door de bepaling dat het verdrag niet in de weg staat aan toepassing van volgens het forum toepasselijke regels van dwingend recht. De hier veronderstelde uitleg van het verdrag lijkt dus niet geoorloofd.

25. *De bij gebreke van rechtskeuze toepasselijke wet.* Artikel 7 geeft als hoofdregel dat als er geen toepasselijke wet gekozen is, de trust beheerst zal worden door het recht waarmee zij het nauwst verbonden ('most closely connected') is. Het tweede lid somt de factoren op waarmee bij de toepassing van die regel in het bijzonder rekening moet worden gehouden:

- a) de door de insteller aangewezen plaats van bestuur van de trust;
- b) de ligging ('situs') van de trustgoederen;
- c) de woonplaats ('place of residence') of het zakenadres van de trustee(s);
- d) de doeleinden van de trust en de plaatsen waar die gerealiseerd moeten worden.

26. Men zal opmerken dat de onder a t/m d genoemde factoren niet van een rangorde voorzien zijn.⁹⁰⁾ In beginsel laat dit adviseurs en rechters vrij het gewicht van de afzonderlijke factoren naar de omstan-

⁸⁹⁾ Zie rapport Von Overbeck nrs. 115/117.

⁹⁰⁾ Zie rapport Von Overbeck nrs. 75 t/m 79.

digheden van het geval te beoordelen. Delegaties van civil law landen hadden echter een voorkeur voor een ladder van achtereenvolgens in aanmerking komende aanknopingsfactoren. Men heeft zich uiteindelijk verenigd op de visie dat in het tweede lid een zekere impliciete rangorde besloten ligt, zodat b.v. in de meeste gevallen aan de door de settlor aangewezen plaats van bestuur een naar verhouding groter gewicht zal toekomen.⁹¹⁾ Aldus wordt bevorderd dat in de meeste gevallen de wet van de plaats van administratie van toepassing zal zijn en wordt voorkomen dat men te gemakkelijk besluit tot een *dépécage* die administratie en andere aspecten aan verschillende wetten onderwerpt, gelijk door artikel 9 wordt toegestaan. Opmerking verdient tenslotte dat het verdrag niet regelt naar welk tijdstip de genoemde factoren in aanmerking moeten worden genomen.⁹²⁾ Alleen de plaats van administratie zal door de toevoeging 'designated by the settlor' stellig naar het tijdstip van instelling van de trust beoordeeld moeten worden. Bij de overige factoren is denkbaar dat een latere wijziging daarvan gewicht in de schaal legt. Men zal een wijziging van de oorspronkelijk toepasselijke wet echter niet te gemakkelijk mogen aannemen en daarvoor dus moeten denken aan gevallen dat de beneficiaries en de trustgoederen inmiddels in een ander land woonachtig en gelegen zijn (en dat samengaat met een wijziging van de oorspronkelijke plaats van bestuur⁹³⁾).

27. *Domein van de toepasselijke wet.* Artikel 8 regelt welke aspecten van het trustverband door de krachtens artikel 6 of artikel 7 toepasselijke wet beheerst worden. De bepaling is op soortgelijke wijze opgebouwd als artikel 11. Het geeft eerst in algemene bewoordingen het door de toepasselijke wet bestreken gebied aan en werkt dat, ingeleid met 'in particular', uit met een lijst van deelonderwerpen, waarin vrijwel alles voorkomt wat men zich normaliter bij de werking en afwikkeling van een trust kan voorstellen: benoeming en ontslag van trustees; rechten en verplichtingen van trustees; de bevoegdheden van de trustees met betrekking tot de trustgoederen; hun bevoegdheid tot (her)belegging; beperkingen van de duur van de trust en van de mogelijkheid inkomsten te accumuleren; de betrekkingen tussen de trustees en de beneficiaries en de persoonlijke aansprakelijkheid van de trustees

⁹¹⁾ Zie rapport Von Overbeek nr. 77.

⁹²⁾ Dicey & Morris (Collins) a.w. blz. 1091 is van mening dat de aanknopingsfactoren beoordeeld moeten worden naar het tijdstip van instelling van de trust: 'Although not expressly stated in the Hague Convention, it is clear from other provisions of the Convention that these factors are to be considered as at the moment of creation of the trust'.

⁹³⁾ Omdat de lijst van factoren in artikel 7 lid 2 niet limitatief is ('reference shall be made in particular to'), verbiedt het verdrag m.i. niet om, in samenhang met andere factoren, ook met een wijziging van de plaats van bestuur rekening te houden.

jegens de beneficiaries; de wijziging en de beëindiging van de trust; de verdeling van het trustvermogen; de rekenplicht van de trustee. Dat alles is dus een uitwerking van de hoofdregel gegeven door lid 1 van het artikel: de toepasselijke wet beheerst de geldigheid van de trust, zijn uitleg, zijn rechtsgevolgen en zijn bestuur. Aan de toepasselijke wet wordt aldus een ruim geldingsbereik toegekend, maar dat slechts binnen de door het verdrag getrokken grenzen. Daarvoor is in de eerste plaats nodig dat de trust volgens de toepasselijke wet geldig is. Is hij dat niet — b.v. omdat de trustgoederen volgens de toepasselijke wet niet vatbaar zijn voor een trustverband — dan komt de trust niet van de grond en komt verdere toepassing van het verdrag niet aan de orde. Een tweede voorwaarde is dat de trust ook overigens geldig gecreëerd is: die voorwaarde is niet vervuld als de rechtshandeling tot instelling van de trust om andere redenen dan strijd met het toepasselijke trustrecht niet geldig is, b.v. als de trust bij testament is ingesteld en het testament blijkt wegens vormgebrek nietig te zijn. Dit is het terrein van de ‘preliminary issues’⁹⁴⁾ beheerst door artikel 4 van het verdrag dat hierna nog ter sprake komt. Tenslotte behouden de artikelen 15 en 16 van het verdrag de bevoegdheid voor tot toepassing van bepalingen van dwingend recht waarop een trust inbreuk maakt. Daarvan betreft artikel 16 de voorrangsregels van het forum of van een andere voldoende verbonden rechtstelsel. Artikel 15 bevat een niet limitatieve opsomming van onderwerpen waarvoor regels van dwingend recht kunnen gelden: bescherming van minderjarigen en handelingsonbekwamen; persoonlijke en vermogensrechtelijke huwelijksgevolgen; erfopvolging, in het bijzonder ‘indefeasible shares of spouses and relatives’; eigendomsoverdracht en zekerheidsrechten (the transfer of title to property and security interests in property’); bescherming van crediteuren bij insolventie; bescherming van derden te goeder trouw.

28. *Samenvatting.* Men kan het stelsel van het verdrag als volgt samenvatten: trusts die binnen de verdragsomschrijving vallen, worden in de verdragss Staten als zodanig erkend, dus als trusts, niet met toepassing of aanpassing van regels geldend voor in het stelsel van de erkenningsstaat bekende andere rechtsfiguren. Trustees kunnen als zodanig in en buiten rechte optreden. De op de trust toepasselijke wet is die gekozen door de insteller of, bij gebreke daarvan, de met de betrokken trust nauwst verbonden wet, meestal die van de plaats van bestuur (‘administration’). Tot de effecten van erkenning van de trust behoort voorts

⁹⁴⁾ De technische term ‘incidental question’, ‘question préalable’, ‘voorraag’ is hier bewust vermeden, ook in de Nederlandse vertaling (‘vooraafgaande vragen’). Dat men hier een ander begrip op het oog heeft blijkt ook uit het rapport Von Overbeck (blz. 382) waar de auteur schrijft dat ‘preliminary’ alleen uitdrukt ‘that the instrument of transfer such as the will pre-exists the trust’.

dat de trustee als (fiduciair) eigenaar van de trustgoederen behandeld wordt en die goederen als trustee te zijnen name kan doen stellen. Die goederen vormen een afgescheiden vermogen waarop crediteuren van de trustee geen verhaal hebben voor diens persoonlijke schulden en dat niet in diens faillissement valt. Indien en voorzover onverminderde toepassing van de voor de erkende trust geldende bepalingen tot inbreuken zou leiden op rechtsregels die de erkenningstaat ook in internationale gevallen als bepalingen van dwingend recht of als voorrangregels in acht moet nemen, dan laat het verdrag daaraan de voorrang.

V. De toepassing van het trustverdrag in Nederland

29. In dit hoofdstuk bespreek ik enkele van de problemen waartoe de uitvoering van het trustverdrag in Nederland aanleiding kan geven. Daarbij zou ik twee opmerkingen vooraf willen maken. De eerste is dat m.i. het verdrag een belangrijke vooruitgang betekent doordat het de trust — waarmede men in de rechtspraak ook van Nederland en andere non-trustlanden geregeld te doen krijgt — doet behandelen en erkennen als trust, er niet voor andere rechtsfiguren geldende conflictenregels op toepast, en in beginsel breekt met het stelsel van aanpassing door subsumptie onder een andere rechtsfiguur, waartoe men zijn toevlucht moet nemen als men niet bereid is op de trust haar eigen regels van materieel recht toe te passen. Dat men langs de weg van rangschikking onder een andere rechtsfiguur en aanpassing niet tot goede resultaten kan komen, ziet men aan de poging van de Zwitserse wetgever en doctrine om de trust te brengen onder het vennootschapsbegrip van het nieuwe Zwitserse IPR,⁹⁵⁾ luidende:

‘Als Gesellschaften im Sinne dieses Gesetzes gelten organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten.
Für einfache Gesellschaften, die sich keine Organisation gegeben haben, gilt das auf Verträge anwendbare Recht.’

Bij het begrip georganiseerd vermogen (Frans: ‘patrimoine organisé’) heeft men in de eerste plaats aan rechtsfiguren als de stichting gedacht, zonder echter rechtspersoonlijkheid te verlangen, maar men meent ook de trust daaronder te kunnen brengen.⁹⁶⁾ De onderscheiden verschijningsvormen van de trust doen dan echter de auteurs betwijfelen of men wel steeds van een georganiseerd vermogen in de zin van de bedoelde wetsbepaling kan spreken en voor die gevallen zien zij dan weer

⁹⁵⁾ Bundesgesetz über das IPR vom 18. Dezember 1987, SR 291 (afgekort: IPRG), art. 150.

⁹⁶⁾ Zie Heini c.s., IPRG Kommentar (1993), blz. 1323/1324. De auteur van dit onderdeel (de Bazelse hoogleraar F. Visscher) was de voorzitter van de Zwitserse IPR-codificatiecommissie. Van de overige auteurs van het geciteerde handboek zijn de meesten ook lid van bedoelde commissie geweest.

meer reden voor behandeling als overeenkomst. Ik denk dat het winst is van dergelijke denk-exercities af te zijn en een trust een trust te mogen noemen als men op zoek is naar de daarvoor geldende IPR-regels. Een tweede opmerking is dat men voor het opereren binnen het eigen rechtsgebied van door vreemd recht beheerste trusts geen ongegronde vrees moet hebben. Hoezeer dit instituut in de verdragsonderhandelingen en daarbuiten is aangemerkt als 'strange animal' en 'vreemde eend in de bijt', een in de rechtskring van de common law essentiële rechtsfiguur, die gedragen wordt door een oude historische traditie en een bijpassende rechtscultuur, geeft even weinig of even veel aanleiding tot vrees voor misbruik als rechtsfiguren van het eigen stelsel of door vreemd recht beheerste vennootschappen dat doen. Omgekeerd zou het misbruik dat men ten onzent van de BV-vorm heeft kunnen maken (en waartegen de wetgever in het geweer heeft moeten komen) geen aanleiding mogen geven tot de opvatting dat een dergelijke vennootschapsvorm niet voor erkenning in andere landen in aanmerking kan komen. Ook volgens regels van trustrecht kunnen trusts niet dienen voor het realiseren van onwettige of onzedelijke doelen. Bij wege van voorbeeld citeer ik hier een gedeelte van de daarover handelende tekst uit het gezaghebbende handboek van Underhill and Hayton, *Law of Trusts and Trustees*:⁹⁷⁾

'A trust created for a purpose illegal by English law is void. Private trusts of this character mostly fall under one of the following classes:

- (a) trusts for the tying-up of property for an unlawful period whether the tying up is achieved by the trusts creating contingent interests which might not vest till too remote a time or creating vested interests for purposes which will continue for too long a period during which the trust income will be inalienable;
- (b) trusts for accumulation of income beyond the period allowed by law;
- (c) trusts by which it is sought to alter the devolution of property as prescribed by law, e.g. in the event of intestacy, bankruptcy or seizure of property in execution of a judgment;
- (d) trusts restricting the power of alienation of the beneficiaries' interest;
- (e) trusts promoting or encouraging immorality, the separation of spouses, fraud or dishonesty;
- (f) trusts tending to the general restraint of marriage (unless of a second marriage), or encouraging breach of the sanctity of marriage, or interfering drastically with parental duties;
- (g) trusts made illegal by statute.'

Evenmin is de trust een eenvoudig middel tot het ontgaan van belastingen, al kunnen trusts evenals vennootschapsvormen soms een rol spelen bij pogingen tot het verminderen van belastingdruk. Trustinkomen kan bij de trustees belastbaar zijn (zij het normaliter niet als be-

⁹⁷⁾ Underhill and Hayton (1987), Article 11.

standdeel van hun persoonlijk inkomen)⁹⁸⁾ en in het algemeen geldt dat de fiscale wetgeving van trustlanden regels over de belasting van trusts geeft.⁹⁹⁾ Het verdrag houdt de bevoegdheden van staten in fiscale aangelegenheden voor (artikel 19). Voor de Nederlandse belastingheffing zal die bevoegdheid vermoedelijk niet leiden tot negering van een volgens het verdrag te erkennen trust. De hiervoor genoemde fiscale rechtspraak van de Hoge Raad¹⁰⁰⁾ toont immers aan dat daarin het bestaan van de trust niet genegeerd wordt maar onderzocht wordt wie volgens de voor de trust geldende bepalingen tot vermogen en inkomen gerechtigd zijn. Het kan daarom overweging verdienen ook in de Nederlandse fiscale wetgeving speciale regels met betrekking tot trusts op te nemen.¹⁰¹⁾ Dat kan in het bijzonder doelmatig zijn voor het geval dat het trustinkomen niet bij de trustee's belast kan worden omdat het hun niet toekomt maar ook niet bij de beneficiaries omdat de op de trust toepasselijke bepalingen voorshands niet in uitkering van het trustinkomen voorzien of het aan de trustee's overlaten te beslissen of, hoeveel en aan welke beneficiaries zal worden uitgekeerd (discretionary trust).¹⁰²⁾

30. Aldus als uitgangspunt vooropstellende dat de trust een instelling van vreemd recht is die zich niet meer of minder voor misbruik leent dan in het algemeen het geval is bij rechtsfiguren van het eigen recht of van vreemd recht, meen ik dat bij de toepassing van het trustverdrag een uitleg moet worden gevolgd die aan het verdrag recht doet en

⁹⁸⁾ Underhill-Hayton, Article 43 (blz. 387/388) schrijven: 'At law the estate of the trustee is subject to the same incidents, whether privileges or burdens, as if he were also beneficial owner, except where such incidents are modified by statute' en 'The trustee of a private trust is, as legal owner of the land, liable to pay rates in respect of the trust property. A trustee may also be liable in certain circumstances for income tax, capital gain tax, inheritance tax and value added tax. The law relating to a trustee's liability for such taxes is so massive and detailed that examination of these matters should proceed from the standard works on the various taxes'. De belastingheffing van trusts naar Engels recht wordt wat uitvoeriger behandeld bij Parker and Mellows, *The modern law of trusts* (6e druk 1994), blz. 407/429. Daar wordt o.m. medegedeeld (blz. 412/413) dat naar Engels recht 'the whole of the income of the trust is taxable, irrespective of its ultimate disposal' en wel naar het basistarief van thans 25% (35% als inkomen in de trust geaccumuleerd wordt of als het gaat om discretionary trusts, middelen die in het verleden gebruikt zijn om inkomstenbelasting te ontgaan of uit te stellen).

⁹⁹⁾ Zie hierover F. Sonneveldt en H. L. van Mens, *The Trust* (1992), blz. 19 e.v. (Sonneveldt) over de belasting van trusts in het Verenigd Koninkrijk, blz. 33. e.v.; (B.R. Leemreis) (idem USA), blz. 45 e.v.; (H.L. van Mens) (idem Zwitserland); alsmede Sonneveldt, *Het Haags trustverdrag en zijn consequenties voor het Nederlandse belastingrecht*, WPNR 6092.

¹⁰⁰⁾ Zie hiervoor nrs. 4. en 5.

¹⁰¹⁾ Cf. hierbij ook de bijzonderheden vermeld door Koppenol-Laforce, WPNR 6155, op blz. 738, 2e kolom. Het ministerie van financiën lijkt thans eerder te denken aan het sluiten van afzonderlijke overeenkomsten inzake de belastingheffing bij trusts (Beleidspublicatie van de Staatssecretaris van Financiën DB 93/4451), maar als men eenmaal meer met het verschijnsel vertrouwd is geraakt lijkt het vaststellen van zekerheid vooraf biedende wettelijke bepalingen toch een meer verkieslijke koers wantoe de fiscale wetgever uiteindelijk zal moeten besluiten.

¹⁰²⁾ Zie Underhill-Hayton Article 5.

die aan realisering van de doeleinden van het verdrag niet meer aan het eigen recht ontleende hinderpalen in de weg legt dan absoluut noodzakelijk is. Het streven naar internationale samenwerking waarop de verdragen van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht berusten, wordt niet gediend als men aan het eigen recht een afwerende houding ontleent die er in meerdere of mindere mate toe strekt trusts in weerwil van het verdrag buiten de deur te houden. Dat blijft m.i. een valide overweging, ook als men zou moeten erkennen dat de ontwerpers om het verdrag voor zo veel mogelijk staten aanvaardbaar te maken soms wellicht te ruimhartig in het maken van uitzonderingen op de erkenningsplicht zijn geweest.¹⁰³⁾ Dit is derhalve de optiek van waaruit ik de hierna aan de orde komende problemen van toepassing van het verdrag in Nederland bespreek.

31. *De betekenis van artikel 4.* Deze bepaling staat in het eerste hoofdstuk van het verdrag ('Scope') en luidt in de Engelse tekst als volgt:

'The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.'

Deze bepaling kwam (als artikel 2) reeds voor in het voorontwerp van de speciale commissie.¹⁰⁴⁾ Zij werd in het commissierapport van Von Overbeck¹⁰⁵⁾ al tamelijk uitvoerig toegelicht. Die toelichting is in het eindrapport¹⁰⁶⁾ herhaald en uitgebreid. Daarbij is, gelijk in de speciale commissievergaderingen en de conferentie, het beeld van de 'rocket and the launcher' gebruikt,¹⁰⁷⁾ waarmede werd uitgedrukt dat de formele en materiële geldigheid van de 'transfer of assets to the trustee' die voor de bestaanbaarheid van een trust conditio sine qua non is, moet worden beoordeeld niet naar het recht dat volgens het verdrag overigens op de geldigheid van trusts van toepassing is maar naar de volgens de conflictenregels van het forum toepasselijke wet. Men zal dus b.v. de formele en materiële geldigheid van een akte van overdracht van onroerende zaken beoordelen naar de wet van de ligging, de formele geldigheid van een testament naar het recht toepasselijk

¹⁰³⁾ Cf. Duynstee, WPNR 6092 op blz. 373.

¹⁰⁴⁾ Behoudens de vervanging van 'acte' door 'acte juridique' in de Franse tekst en van 'instruments' door 'acts'. Dit betekent voor ons dat 'akte' is vervangen door 'rechtshandeling'. Dat is ruimer, maar het verschil is niet van groot gewicht omdat, nu het verdrag is beperkt tot trusts 'evidenced in writing', het meestal zal worden toegepast op trusts die zijn ingesteld bij een testament of trustakte.

¹⁰⁵⁾ Actes et Documents XVe zitting, blz. 178/179.

¹⁰⁶⁾ Actes et Documents XVe zitting, dl II, blz. 381/383.

¹⁰⁷⁾ Zie ook Hayton, The Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, 36 International and Comparative Law Quarterly (1987), blz. 260 e.v., op blz. 268/269.

volgens de regels van IPR van het forum, al dan niet vervat in het Haagse testamentsvormenverdrag¹⁰⁸⁾.

32. Als een 'preliminary issue' zo beantwoord moet worden dat een overdracht van b.v. onroerende zaken aan een trustee niet geldig is geschied of een testament waarbij de trust is ingesteld ongeldig blijkt (b.v. omdat het een vormgebrek vertoont of omdat het wegens de geestelijke toestand van de erflater bij het maken ervan vernietigd wordt) dan is er geen (verdrags)trust en komt toepassing van het verdrag niet aan de orde. Nu lijkt het tamelijk vanzelfsprekend dat een trust die door Engels of Amerikaans recht beheerst zou worden maar (mede) onroerende zaken in Nederland omvat, ten aanzien van die zaken niet geldig tot stand gebracht kan worden als er niet een naar Nederlands recht geldige akte van overdracht aan de trustee is. Artikel 4 laat toe die eis te stellen. Voldoening daaraan vergt dat men onroerende zaken of andere registergoederen kan leveren aan een trustee. Het verdrag zelf heeft daarmede rekening gehouden door in artikel 12 te voorzien dat de trustee trustgoederen of 'documents of title to them' te zijnen name in registers kan doen inschrijven. Dat brengt uiteraard mede dat de trustee ook partij bij een in de registers in te schrijven akte van overdracht kan zijn. De bepaling is voorzien van het voorbehoud 'in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought'. Twijfel over de vraag of het Nederlandse recht onder dit voorbehoud zou vallen, wordt weggenomen door artikel 3 van wetsvoorstel 23027 (Wet conflictenrecht trusts, hierna 'WCT'), dat de verdragsbepaling herhaalt maar ontdoet van het voorbehoud.¹⁰⁹⁾ Er is echter meer. Zou men, in weerwil ook van art. 3 WCT, mogen betogen dat de 'legal title', anders gezegd het fiduciaire eigendomsrecht, van de trustee en de daarmede verbonden naar trustrecht bestaande equitable interest van de beneficiaries zo onverenigbaar zijn met ons eigendomsbegrip, dat het eigendomsrecht van de trustee niet in ons systeem past en dat daarom artikel 4 van het verdrag verhindert dat met betrekking tot Nederlandse registergoederen een trust tot stand komt? Wie dat resultaat begeert zou moeten betogen dat de WCT slechts geldt als er van een trust sprake is en dat men zover nu juist niet komt omdat de 'rocket' als gevolg van het verdrags-

¹⁰⁸⁾ Verdrag van 5 oktober 1961, Trb. 1980, 54; Recueil blz. 48; Boele-Woelki nr. 66.

¹⁰⁹⁾ Kleijn, a.w. blz. 212 en blz. 214 stelt dat weliswaar verdragsbepalingen krachtens art. 94 GW voorgaan maar dat dat niet zal gelden voor de WCT omdat bepalingen van wetten onderling van gelijke rang zijn. De WCT zou daarom even sterk als maar niet sterker dan het BW zijn. Dit betoog miskent m.i. dat de WCT ten opzichte van het BW het karakter van een latere lex specialis zou hebben, met de onmiskenbare strekking met betrekking tot trusts de eventuele aan het BW te ontlelen belemmeringen op te heffen.

artikel 4 neerstort. Ook artikel 4 van de WCT¹¹⁰⁾ zou in die visie geen uitkomst brengen, omdat dit slechts gaat over de door artikel 11 van het verdrag voorgeschreven erkenning en de gevolgen daarvan, waarvoor men nu juist een geldig gelanceerde trust nodig heeft. Ik zou deze methode van verdragsuitleg voor ongeoorloofd houden. In de eerste plaats moet men bedenken dat het normale geval met het oog waarop het verdrag geschreven is, dat is van de in een trustland gecreëerde trust die, als de insteller een verspreid vermogen heeft, ook vermogensbestanddelen elders kan omvatten. Veeleer zal dus de instelling van de trust (het lanceren van de rocket) zich afspelen in (trust)land A en rijzen de vragen van erkenning en toepasselijke wet in (non-trust)land B. Ter conferentie is men tegemoetgekomen aan de tegenwerping dat als er trustgoederen in een civil law land omvat worden aan de plaatselijke eisen van geldige overdracht (c.q. overgang krachtens testament) voldaan moet worden, maar men heeft niet bedoeld de werking van het verdrag via artikel 4 weer uit te schakelen. Dat was ook niet nodig. Een land dat meent dat erkenning van de door trusts gecreëerde eigendomsverhoudingen niet in zijn stelsel van eigendom en zakelijke rechten past, kan uiteraard besluiten het verdrag niet te ratificeren of daartoe pas overgaan na aanpassing van het eigen recht. Wie echter ratificeert, zal de primaire doeleinden van het verdrag ook moeten realiseren. Naar mijn gevoelen nemen de artikelen 3 en 4 WCT in onderling verband iedere twijfel weg dat dat de bedoeling van de Nederlandse wetgever is, en dan is de hier veronderstelde andere verdragsuitleg onaanvaardbaar. Artikel 4 van het verdrag laat immers staten de vrijheid zelf uit te maken wat wel en niet onverenigbaar met hun rechtstelsel is en staat dus ook toe bij wege van interne wetgeving te bepalen dat erkenning van trusts ook met betrekking tot Nederlandse trustgoederen niet afstuit op regels van Nederlands materieel recht. Dat is niet een vraag van verdragsuitlegging (met betrekking waartoe uiteraard de Nederlandse wetgever niet het laatste woord zou hebben). Men zou alleen kunnen aarzelen als een trust wordt ingesteld uitsluitend ten aanzien van in Nederland gelegen goederen en men moet dan de vraag beantwoorden of voldaan is aan de voor de geldigheid van de trust vereiste overdracht van goederen aan een of meer trustee's (artikel 2 van het verdrag spreekt overigens, enigszins ruimer, van 'placed under the control of a trustee'). Hiervoor is intussen al opgemerkt dat het instellen van een trust alleen ten aanzien van in een non-trustland gelegen goederen niet de figuur is waarop het verdrag typisch het oog heeft, terwijl, zodra de trust ook geldig overgedragen in een trustland

¹¹⁰⁾ 'Bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie laten de in artikel 11 van het Verdrag omschreven rechtsgevolgen van de erkenning van een trust onverlet.'

gelegen vermogen omvat, de vraag van geldigheid van de trust wegens het ontbreken van een (geldige) overdracht niet meer als 'preliminary issue' aan de orde gesteld kan worden.

33. De toepassing van artikel 4 van het verdrag geeft intussen nog wel tot meer vragen aanleiding. Belangrijk is de vraag of men ten aanzien van Nederlandse trustgoederen rechtsgevolg kan toekennen aan een door de settlor gedane 'declaration of trust', die veelal zal bestaan in een trustakte waarin de settlor verklaart daarin genoemde goederen voortaan 'on trust' voor bepaalde beneficiaries te houden. De vraag is dan of (i) een dergelijke declaration of trust kan dienen als rechtstitel voor een akte van overdracht van de settlor aan zichzelf in zijn hoedanigheid van trustee danwel (ii) men de wijziging in de rechtspositie op soortgelijke wijze in de registers kan doen inschrijven als b.v. de overgang van rechtswege die het gevolg is van erfopvolging. De artikelen 3:16 en 17 BW lijken tezamen met de artikelen 8 en 11 van de Kadasterwet voor een inschrijving van dit rechtsfeit voldoende ruimte te laten. De overgang van de settlor aan hemzelf als trustee moet men echter vermoedelijk aanmerken als een wijze van verkrijging of verlies van eigendom, c.q. van wijziging van de inhoud van het eigendomsrecht, die door artikel 3:80 BW niet voorzien is omdat zij berust op buitenlands recht. Hayton¹¹¹⁾ geeft het voorbeeld van een declaration of trust met keuze van Engels recht door een Fransman ten aanzien van Franse roerende zaken ten behoeve van Engelse beneficiaries en meent dat dan de trust voor de Franse roerende zaken niet werken zou. Voor Nederland zou een andere conclusie gegrond kunnen worden op artikel 3 WCT nu daarin ten aanzien van de wijze waarop de (verdrags)trust tot stand is gekomen, geen uitzondering voor de 'declaration of trust' is gemaakt. In de nota naar aanleiding van het eindverslag over de goedkeuringswet (kamerstukken 23054)¹¹²⁾ worden de 'transfer inter vivos' en de declaration of trust waarvoor geen overdracht van goederen nodig is, naast elkaar gesteld, zonder dat de regering blijkt geeft van de opvatting dat een door declaration of trust tot stand gekomen trust ten aanzien van in Nederland gelegen goederen niet werkzaam zou zijn. Men zou kunnen overwegen dit punt in de tekst van de WCT zelf te verduidelijken. Een Nederlandse akte van overdracht tussen settlor en settlor als trustee lijkt mij in ieder geval op basis van de regel van trustrecht dat ook de trustee 'legal title' heeft (en dus niet b.v. de positie van een wettelijk vertegenwoordiger zoals een voogd of curator, die slechts q.q. eigenaar is), minder in aanmerking te komen.

¹¹¹⁾ Aangehaald artikel, blz. 268.

¹¹²⁾ Op het ogenblik dat ik dit schrijf staat mij wel de tekst ter beschikking, maar nog niet de gedrukte versie van het betrokken stuk.

34. *De verhouding van de artikelen 11 en 15.* Deze beide verdragsbepalingen zou men ook kunnen zien als een vergelijkende catalogus van de rechtspolitieke doeleinden van trustlanden en non-trustlanden: artikel 11 somt de normaliter aan een trust verbonden rechtsgevolgen op, die in het kader van een verdrag over de trust door non-trustlanden erkend zouden moeten worden, en artikel 15 bevat, ingeleid met een in algemene termen vervat voorbehoud voor de volgens (de rechter van) het forum toepasselijke regels van dwingend recht, een lijst van de voor civil law juristen wezenlijke rechtsbegrippen en -regels, die hun, deels onbestemde, vreezen voor de trust bepalen: bescherming van onbekwamen, huwelijksvermogensrecht, legitieme portie en andere erfrechtelijke regels, stelsel van eigendom en zakelijke rechten, zekerheidsrechten, bescherming van schuldeisers, bescherming van derden te goeder trouw. Men zou kunnen menen dat het trustverdrag door aldus twee werelden tegenover elkaar te stellen zonder aan de rechtsgevolgen van de erkenning met zoveel woorden voorrang te verzekeren¹¹³⁾ in feite de wezenlijke vragen onbeantwoord laat. In de meest pessimistische visie zou dit betekenen dat het verdrag alleen zijn volle werking kan hebben in het rechtsverkeer tussen trustlanden onderling, en daar is het probleem van door vreemd recht beheerste trusts niet zo ernstig dat het op zich zelf het sluiten van een verdrag nodig maakt, nog daargelaten dat er dan ook voor de Haagse Conferentie, een mondiale organisatie van Europees continentale oorsprong, geen taak geweest zou zijn. Niet te ontkennen valt dat de oplossingen van het verdrag in zekere mate het karakter van een noodzakelijk compromis hebben: men kon van civil law landen niet verwachten of vergen dat zij in hun ogen essentiële rechtsregels zonder meer door in hun rechtsgebied doordringende trusts op zij zouden laten zetten. Wilde men voldoende steun voor het verdrag krijgen dan moest het waarborgen bevatten dat ieder land daar bepaald onaanvaardbare gevolgen van de trust zou kunnen afweren. Dat was in de verdragsonderhandelingen te meer noodzakelijk omdat pas na de definitieve vaststelling van de verdragstekst duidelijk kon worden welke ruimte het verdrag aan de inwoners van een non-trust land laat om eigen vermogen of nalatenschap in een door vreemd recht beheerste trust onder te brengen en langs die weg eigen regels van erfrecht, van successierechten, van zakenrecht, te omzeilen. De in dit opzicht bestaande vreezen waren en zijn wellicht niet

¹¹³⁾ In de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, die de Staatssecretaris van Justitie op 25 oktober 1991 over de wenselijkheid van ratificatie van het verdrag en eventuele aanvullende wetgeving geadviseerd heeft, waren de meningen verdeeld over de vraag of het Nederlandse recht krachtens artikel 15 de erkenning van trusts geheel of gedeeltelijk terzijde kan stellen. Tot de bepalingen die vervat zijn in de WCT is toen geadviseerd omdat reeds het bestaan van twijfel dienaangaande voldoende reden daarvoor is.

in alle opzichten gegrond.¹¹⁴⁾ In de eerste plaats opent het trustverdrag, gelijk hiervoor is uiteengezet, niet de mogelijkheid om in zuiver interne gevallen waar geen wezenlijke aanrakingen met de rechtssfeer van een trustland gegeven zijn, vermogen of erfenis onder een voor erkenning vatbaar trustverband naar vreemd recht te brengen. In de tweede plaats moet men niet uit het oog verliezen dat ook in de visie van landen die de trust wel kennen de geldigheid of werkingsomvang daarvan afhankelijk kunnen zijn van b.v. erfrechtelijke of huwelijksvermogensrechtelijke beperkingen, van ter plaatse van de ligging van onroerende zaken geldende zakenrechtelijke regels,¹¹⁵⁾ of van regels inzake de bescherming van de rechten van schuldeisers.¹¹⁶⁾

35. *Erfrecht en huwelijks(vermogens)recht*. Artikel 15, eerste lid, strekt er dus toe voorrang te geven aan de dwingende rechtsregels die krachtens de conflictenregels van het forum van toepassing zijn op een ander onderwerp dan trust, dus b.v. de erfopvolging of het huwelijksvermogensrecht. Die uitzonderingen worden ook door de WCT intact gelaten. In veel gevallen zullen dat interne bepalingen van dwingend recht van het forum zijn maar het kan ook vreemd dwingend recht zijn.¹¹⁷⁾ Als b.v. een Franse erflater met laatste woonplaats in Nederland zijn over meer landen verdeelde vermogen geheel of gedeeltelijk onder verband van een trust naar Engels recht heeft gebracht, die inbreuk maakt op de Franse wettelijke bepalingen inzake de reserve, en de wettelijke erfgenamen zouden daarin niet berusten, dan zouden bij toepasselijkheid van Frans erfrecht de regels inzake de reserve prevaleren boven die toepasselijk op de trust. Dat behoeft niet in alle gevallen ongeldigheid of niet-erkenning van de trust mede te brengen. Aan regels inzake reserve en legitieme portie is eigen dat die pas aan de orde komen als de legitimarissen daarop na het openvallen van de nalatenschap beroep doen,¹¹⁸⁾ en doet dat geval zich voor dan blijft het nog mogelijk dat men de legitimarissen door inkorting recht kan doen zón-

¹¹⁴⁾ De vragen die in het kader van de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet en van de WCT gesteld zijn, bijv. over Jersey-trusts en over de 'statuten' van trusts, wezen er op dat men voor misbruik van trusts bevreesd was maar in deze rechtsfiguur nog niet veel inzicht had.

¹¹⁵⁾ Underhill-Hayton, Art. 10 (blz. 133 en 137) en Art. 23 (blz. 238 en 240).

¹¹⁶⁾ Voor het Engelse trustrecht zie men hierover bijv. Parker and Mellows, a.w. blz. 161/181 (o.m. over wettelijke voorzieningen tegen pogingen om trusts te gebruiken om goederen aan verhaal door schuldeisers of onderhoudsgerechtigden te onttrekken); Underhill-Hayton, Art. 17 (blz. 223/226) en 19 (blz. 227/229).

¹¹⁷⁾ Cf. rapport Von Overbeck nrs. 136/139.

¹¹⁸⁾ Onder nr. 117 van het rapport Von Overbeck wordt dan ook opgemerkt dat de (wettelijke) erfgenamen van hun rechten afstand kunnen doen en dat het daarom wellicht nauwkeuriger geweest zou zijn de regels van dwingend recht te omschrijven als bepalingen waarvan niet bij voorbaat ('in advance') door een wilsuiking kan worden afgeweken.

der dat men van nietigheid van de trust heeft uit te gaan.¹¹⁹⁾ Kan echter aan de werking van artikel 15 lid 1 geen recht gedaan worden zonder aan de trust erkenning te onthouden, dan blijft voor de rechter¹²⁰⁾ nog de verdragsverplichting over om overeenkomstig artikel 15 lid 2 te trachten op andere wijze aan het doel van de trust gevolg te geven, kortom de weg van de aanpassing te volgen. Bij schending van regels inzake de legitieme portie kan men zich niet zo gemakkelijk een bruikbare toepassing van die bepaling voorstellen. Een voorbeeld zou wellicht kunnen zijn een trust die is ingesteld om legitimarissen te beschermen, aan wie wel hun volle intestaat erfdeel is vermaakt. Men zou dan bij beroep op de legitieme en toepasselijkheid van Nederlands recht het erfdeel dat de legitieme te boven gaat kunnen omvormen tot een erfdeel onder bewind.¹²¹⁾ Past de Nederlandse rechter vreemd dwingend recht toe, dan zal hij daarin een aanpassingsinstrument moeten zoeken. Men hoeft echter m.i. niet te verwachten dat het door ratificatie van het trustverdrag meer dan vroeger zal voorkomen dat men met een beroep op regels van dwingend recht onwenselijke gevolgen keren moet. Van het verdrag zal veeleer een preventieve werking uitgaan. Het geeft duidelijk aan dat op erfopvolging of huwelijksvermogensrechtelijke betrekkingen toepasselijke regels van dwingend recht voorgaan, en dat zal een belanghebbende, die goed geadviseerd wordt, er van weerhouden trusts in te stellen waarop artikel 15 van toepassing zou zijn. Zo zou de Nederlandse echtgenoot, met over meer landen verspreide vermogensbelangen of vermoedelijke erfgenen, die zijn vermogen op zich zelf geldig tot voorwerp van een trust zou kunnen maken (artikel 13 van het verdrag zou hier niet van toepassing zijn), niet zonder toestemming van zijn echtgenote de echtelijke wo-

¹¹⁹⁾ Voor een voorbeeld van een (hypothetische) trustconstructie in Nederlandse (in casu Nederlands-Antilliaanse) verhoudingen zie men HR 9 nov. 1990, NJ 1992, 212 (WMK). In dat geval faalde het beroep op de trust reeds omdat die naar het oordeel van het hof (eindvonnis) niet 'evidenced in writing' was. In zijn tussenarrest had het hof enerzijds geoordeeld dat een door het recht van Florida beheerste trust overeenkomstig de bepalingen van het (nog niet in werking getreden) trustverdrag in beginsel erkend moest worden (mede gelet op de 'veelheid aan juridische, sociale, economische en politieke bindingen' tussen de Nederlandse Antillen en de USA), maar anderzijds ook dat die erkenning de wettelijke bepalingen inzake het wettelijk erfdeel onverlet zou laten (tussenvonnis). Het oordeel van het hof dat de trustaccountant in geval van erkenning van de trust geen deel van de nalatenschap zou uitmaken, werd aldus reeds bij voorbaat gecorrigeerd. Zie over deze zaak ook Joppe in haar in noot 18 genoemde opstel.

¹²⁰⁾ De bepaling is zo geformuleerd dat zij bemoeienis van de rechter veronderstelt. Dat past bij de uitgebreide taak en bevoegdheden die de rechter naar Anglo-Amerikaanse stelsels van trustrecht pleegt te hebben, maar geschillen over trusts zullen niet altijd aan rechters van trustlanden worden voorgelegd. De rechters in non-trustlanden zullen daarom een eigen aanpak moeten ontwikkelen. Het kan bijv. blijken dat trustees, als beroep op bepalingen van dwingend recht wordt gedaan waarmede een trust in strijd zou zijn, aan trustakte of testament niet de bevoegdheid ontnemen die aanspraken in der minne te erkennen maar een rechterlijke goedkeuring of beslissing van node hebben.

¹²¹⁾ Zie over het verschil tussen trust en testamentair bewind o.m. Asser-Meijers-van der Ploeg, Erfrecht (1992) nr. 601.

ning of ander vermogen aan trustees kunnen overdragen (art. 1: 88 lid 1 sub a en b BW). Natuurlijk zal het kunnen voorkomen dat (buitenlandse) adviseurs niet bekend zijn met dwingende regels van Nederlands of ander toepasselijk recht, maar op het terrein van het trustrecht gespecialiseerde adviseurs zullen op dergelijke pitfalls eerder bedacht zijn als er een trustverdrag is dat een niet mis te verstane waarschuwing voor die mogelijkheid bevat. Daarop zullen adviseurs ook daarom bedacht moeten zijn omdat de wetgeving van trustlanden niet altijd positief staat tegenover 'off-shore' trusts.¹²²⁾

36. *Eigendom en gesloten systeem van zakelijke rechten.* Het ligt in de rede dat de verhouding tussen enerzijds de rechten van trustees en beneficiaries en anderzijds de juridische opvattingen van civil law landen inzake eigendom en gesloten systemen van zakelijke rechten in de verdragsonderhandelingen tot de grote discussiepunten hebben behoord. Uitgangspunt was daarbij steeds dat eigendom en zakelijke rechten dwingend¹²³⁾ beheerst worden door de *lex rei sitae*, met dien verstande dat in een land verkregen eigendoms- of zakelijke rechten op roerende zaken bij import in een ander land onder het bereik van de wet van de nieuwe ligging komen, maar niettemin voorwerp blijven van onder de wet van de vroegere ligging verkregen eigendoms- of zakelijke rechten. Die kunnen dan echter door de verplaatsing een transformatie ondergaan waardoor hun inhoud voortaan door het nieuwe recht bepaald wordt.¹²⁴⁾ In die opvatting ligt al besloten dat roerende en onroerende zaken niet het voorwerp kunnen zijn van eigendoms- of andere zakelijke rechten met een structuur die wezenlijk verschilt van die van de wet van de ligging. Voorbeelden buiten Nederland van die opvatting zijn Duitsland¹²⁵⁾ en Zwitserland.¹²⁶⁾ Voor de trust is de vraag nu waar men de grens wil leggen. Het verst gaande standpunt zou zijn dat men de uit de trustverhouding voortvloeiende gesplitste eigendomsrechten van trustees en beneficiaries zo met het eigen systeem onverenigbaar acht, dat men geen van beiden erkent als eigenaar van in Nederland (of een ander non-trustland) gelegen goederen. Dat zou uiteraard een onwenselijk resultaat zijn. De Zwitserse oplossing lijkt dan te zijn erkenning van de trustee als eigenaar met zakelijke rechten van de ben-

¹²²⁾ Cf. Parker and Mellows, a.w. blz. 559/576.

¹²³⁾ Zie b.v. Von Bar, IPR II (1991), nr. 752 en ook Uniken Venema/Eisma preadv. nr. 10.2 (blz. 221/226).

¹²⁴⁾ Von Bar, a.w. nr. 761 drukt het zo uit: 'Kommt eine Sache in das Inland, an der noch unter dem abgebenden Statut ein dingliches Recht erworben ist, dann übernimmt das deutsche Recht die Sache 'mit der sachenrechtlichen Prägung', die sie im Ausland erfahren hat.'

¹²⁵⁾ BHG 13 juni 1984, IPRax 1985, 221, hiervoor aangehaald.

¹²⁶⁾ IPRG art. 99 en 100; Heini c.s. blz. 106/107, 809/810, 1324/1326; Dreyer, *Le trust et droit suisse* (1981), blz. 42/44.

efficiary als ware dat een vruchtgebruiker,¹²⁷⁾ de Duitse gaat veeleer in de richting van erkenning van de beneficiary als volledig eigenaar.¹²⁸⁾ In het verdrag is de erkenning van de trust als zodanig, en daarmee van de 'title' van de trustee, een hoeksteen van het stelsel. Dat brengt mede dat men artikel 15 niet zo mag interpreteren dat men via de inschakeling van dwingende regels inzake de 'transfer of title to property' (art. 15 lid 1 sub d) de voornaamste werking van het verdrag weer zou mogen uitschakelen.¹²⁹⁾ Voor Nederland lijkt dit probleem nu alleen nog theoretische betekenis te hebben omdat ratificatie van het verdrag zal samengaan met invoering van de WCT en de artikelen 3 en 4 daarvan er geen twijfel over laten dat men aan artikel 15 van het verdrag niet een argument kan ontleen om aan de trustee erkenning als (fiduciair) eigenaar te onthouden. De inhoud van diens rechten en van die van de beneficiaries zal dan grotendeels bepaald worden door het op de trust toepasselijke recht. In feite zal dat betekenen dat in de Nederlandse rechtsorde plaats wordt gemaakt voor zakelijke rechten die niet geheel beantwoorden aan die welke in het (gesloten) stelsel van het eigen interne recht bekend zijn, maar het is wellicht toch al een vraag of wij op den duur bij de Romeins-Napoleontische visie van gesloten stelsels van eigendom en zakelijke rechten moeten blijven.¹³⁰⁾

37. *Fiduciaire eigendom.* Trustees hebben, gelijk uiteengezet, 'title' van de trustgoederen en die 'title' staat tegenover het 'equitable interest' van de beneficiaries, dat in bepaalde opzichten de kenmerken van zakelijk recht vertoont. Hoe dicht dit laatste recht nadert tot wat wij economische eigendom plegen te noemen, hangt mede van de op de trust toepasselijke bepalingen af: als beneficiaries wel gedurende hun leven of gedurende een bepaalde periode tot het inkomen van de trust gerechtigd zijn, maar niet geroepen zijn om t.z.t. de volle eigendom van de trustgoederen te verwerven (die aan andere beneficiaries kan zijn besproken), dan lijkt hun positie meer op die van een vruchtgebruiker (onder bewind) dan op die van een (economisch) eigenaar. Dat spreekt nog meer als de trust 'discretionary' is, d.w.z. dat het aan de trustees is overgelaten te beslissen of en in welke omvang zij aan welke beneficiaries trustinkomen uitkeren. In ieder geval echter hebben de trustees ten opzichte van de trustgoederen een 'title' die wij als eigendom of (bij b.v. schuldvorderingen) volledige gerechtigdheid zouden

¹²⁷⁾ Aldus Heini c.s. op blz. 1326, anders Dreyer, a.w. blz. 39/42.

¹²⁸⁾ Von Bar a.w. noot 105 op blz. 269.

¹²⁹⁾ Cf. ook Strikwerda, Inleiding tot het Nederlands IPR (3e dr. 1992) nr. 162a.

¹³⁰⁾ Zie ook mijn opmerkingen in mijn bijdrage Rechtsbegrippen en verdragen van de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht en het Nederlandse recht, RM Themis 1993, blz. 211 e.v. nrs. 13 t/m 15.

moeten aanmerken. Dat recht kunnen en moeten de trustee's echter ten behoeve van de beneficiaries uitoefenen en niet ten eigen bate.¹³¹⁾ In de terminologie van Uniken Venema en Eisma zou men dus spreken van 'eigendom ten titel van beheer' maar anderen zouden wellicht menen dat ook dat niets anders dan een fiduciair eigendomsrecht is. Zonder uitvoeringswetgeving kon derhalve de vraag gesteld worden of erkenning van trusts afstuit op de regel van art. 3:84 lid 3 BW.¹³²⁾ Moeilijk te ontkennen valt echter dat gevolg van de regel, dat trustgoederen een afgescheiden vermogen vormen, is dat overdracht aan trustee's de strekking mist de overgedragen goederen in hun (privé-)vermogen te doen vallen. Men zou misschien mogen zeggen dat niettemin bij de instelling van de trust wel degelijk een vermogensovergang plaats vindt en wel aan een georganiseerd vermogen waartoe de beneficiaries mede gerechtigd zijn en dat onder bestuur van de trustee's wordt gebracht. Een dergelijke vermogensovergang vindt zelfs plaats bij de trust ingesteld door een declaration of trust. Maar natuurlijk is art. 3:84 lid 3 BW niet toegesneden op de ingewikkelder eigendomsverhoudingen die voor trusts kenmerkend zijn en men kan dus niet bij voorbaat uitsluiten dat een rechter zou oordelen dat het eigendomsrecht van trustee's niet verenigbaar is met huidige Nederlandse regels inzake fiduciaire eigendom.¹³³⁾ Die mening werd blijkens het, hiervoor al genoemde, over het verdrag uitgebrachte advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht slechts door één lid van die commissie gedeeld. De overige leden waren van oordeel dat de werkingsomvang van de *lex rei sitae* mede bepaald wordt door die van andere regels, zoals b.v. het eenheidsstelsel in het huwelijksvermogens- en erfrecht. Zo ook kan uit regels van IPR voortvloeien dat de *lex rei sitae* wijkt voor ander recht. In het trustverdrag liggen zulke regels besloten en de realiteit van het internationale rechtsverkeer noopt tot aanvaarding daarvan. Men kan een argument daarvoor ook ontleen aan de verdragsgeschiedenis waaruit blijkt dat men onder de dwingende regels bedoeld in artikel 15 niet het eigendomsbegrip als zodanig heeft willen brengen, zie het volgende citaat uit het rapport Von Overbeck:¹³⁴⁾

¹³¹⁾ De hoofdregel van het Engelse trustrecht is zelfs dat trustee's geen recht op beloning hebben als het niet in de trustakte bepaald is of bij gebreke daarvan door de rechter is toegekend, zie Parker and Mellows, a.w. blz. 527 e.v.; Underhill-Hayton Art. 60 (voorzien van het opschrift 'duty of trustee to act gratuitously').

¹³²⁾ 'Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.'

¹³³⁾ Zie onder meer Uniken Venema in WPNR 5728, blz. 117/120; Uniken Venema en Eisma, preadv., blz. 283/291 en 344; Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het NBW (1986), blz. 271/275.

¹³⁴⁾ blz. 402 nr. 143.

'Subparagraph d gave rise to more extended discussions. The issues with which it deals had already been taken up when the suggestion of the Bank for International Settlements to exclude business trusts and trusts intended to create security interests from the scope of the Convention had been discussed. ... The decision had then been remitted to the time of the discussion of articles 11 and 15 (article 19 of the preliminary draft).

Subsequently the Observer for the Bank for International Settlements proposed the following formulation (Working Document no. 18): 'rights in rem, especially in respect of third parties'(translation of the Permanent Bureau). Before the time when the discussion was held he had, however, reached agreement with the Permanent Bureau on the following proposal (Working Document No 53):

The transfer of title to property, especially in relation to third parties, and security interests.¹³⁵⁾

For its part the German delegation proposed to speak in a broader fashion simply of 'property' (Working Document No 44). The German Delegate hoped in this way to avoid having a separate sub-paragraph dealing with the protection of third parties. During the discussion a reference to rights in rem or to property in general met with opposition, for it seemed to go too far. It was thought that, property rights being an essential element of every trust in the common law countries, such a reference would contradict the provisions on recognition. Thus this idea was not adopted.'

Men ziet hier dus dat de mogelijkheid om onder de dwingende regels van artikel 15 ook de structuur van het eigendomsrecht in de verdragsstaten te begrijpen uitdrukkelijk verworpen is. Daaruit volgt weer dat een restrictieve interpretatie geboden is die zich beperkt tot het vereiste van een leveringsakte of -handeling waar die door de wet van de ligging is voorgeschreven. Niettemin is het verstandig dat de regering heeft besloten, overigens overeenkomstig het advies van de Staatscommissie, door de bepaling van artikel 4 WCT twijfel weg te nemen, ook al omdat aan belanghebbenden in trustlanden en hun adviseurs zekerheid omtrent de werking van het verdrag in Nederland verschaft moet kunnen worden. Zelf zou ik mij aansluiten bij de mening dat het verdrag reeds op zich zelf het eventuele beletsel van artikel 84 lid 3 opzij zet en dat men aan artikel 15 lid 1 sub d van het verdrag geen verdere beperkingen mag ontfen dan dat aan Nederlandse eisen inzake het vereiste van een akte van overdracht (waar die is voorgeschreven) voldaan moet worden. Dat men, a fortiori, niet via artikel 4, met het beoogt dat de trust faalt omdat er geen geldige overdracht van trustgoederen is, aan een trust, die mede Nederlandse goederen omvat, erkenning mag onthouden, is hiervoor al geschreven.

38. Omdat dit preadvies in beginsel niet over Nederlands intern recht gaat, doe ik wellicht beter verder in het midden te laten dat naar mijn overtuiging de Nederlandse wetgever door in artikel 3:84 lid 3 BW de

¹³⁵⁾ In de verdragstekst is de bescherming van derden overgebracht naar de afzonderlijke bepaling van letter f).

fiduciare rechtsverhoudingen grotendeels uit te bannen, een verkeerde beslissing heeft genomen.¹³⁶⁾ Als de analyse van Uniken Venema juist is¹³⁷⁾ dan valt weliswaar uit de parlementaire geschiedenis af te leiden dat art. 84 lid 3 voor bepaalde vormen van fiducia cum amico ruimte heeft gelaten, maar (als het niet rechtstreeks uit de bepalingen van het verdrag zou volgen) juist niet een ruimte die voldoende is om, zonder verder ingrijpen van de wetgever, ook de erkende trust te accommoderen: voor geldigheid van de overdracht aan een fiduciaire eigenaar, bij de trust dus de trustee, zou immers nodig zijn dat de hem overgedragen goederen van diens vermogen deel gaan uitmaken en dat daarop zowel zijn privécrediteuren als de economische eigenaren verhaal hebben. Dat is echter met het voor de trust essentiële afgescheiden vermogen niet te verenigen (en past trouwens slecht bij de rechtspraak die de afgescheiden kwaliteitsrekening wel toelaat¹³⁸⁾). De beperkingen die uit art. 84 lid 3 voor de fiduciaire eigendom en overdracht voortvloeien, lijken echter ook bij de huidige opvatting van het artikel een onwenselijke belemmering van de rechtsontwikkeling. Ik sta gelukkig niet alleen in de mening dat het artikel heroverweging zou verdienen.¹³⁹⁾

39. *Zekerheidsrechten, bescherming van schuldeisers bij insolventie, bescherming van derden te goeder trouw.* De door deze bepalingen (letters e en f) voorbehouden terreinen van dwingend recht behoeven m.i. in Nederland geen belangrijke problemen te geven. Zij staan de toepassing van het verdrag niet wezenlijk in de weg en de in deze bepalingen bedoelde regels vinden ook analogieën in common law jurisdicties. Zo kan naar Engels recht de verkrijger te goeder trouw van trustgoederen die in breach of trust vervreemd zijn aan zijn goede trouw soms een

¹³⁶⁾ Men zie uitvoerig over dit onderwerp Asser-Mijnssen 3,I (13e dr. 1992), nrs. 538 t/m 557; Uniken Venema en Eisma, preadv. 1990, blz. 227/261 en blz. 275/299.

¹³⁷⁾ A.w. blz. 285/286.

¹³⁸⁾ HR 3 febr. 1984, 752 (WMK) en daarover Snijders, Trustverdrag en Nederlands materieel recht, in Grensoverschrijdend privaatrecht (1993), blz. 231 e.v. op blz. 238/240.

¹³⁹⁾ Uniken Venema, preadv. nrs. 12.8 en 12.9 en de door hem genoemde adviezen van het Genootschap van Bedrijfsjuristen (a.w. 11.15) en het rapport van de Commissie advisering invoering Boeken 3, 5 en 6 NBW (idem nr. 11.16), zie ook nog mijn opmerking in RM Themis 1993, blz. 220 onder nr. 13. Voor het behoud van het fiducia-verbod pleit A.F. Salomons, Op de bres voor het fiducia-verbod, NJB 1994, blz. 1261/1266, maar diens betoog is geheel betrokken op de zekerheidsoverdracht niet op de fiducia cum amico.

verdediging tegen de opvorderingsakktie ontlēnen.¹⁴⁰⁾ Zo zijn er, eveneens naar Engels recht, wettelijke voorzieningen tegen het gebruik van trusts met het doel vermogen aan het verhaal van schuldeisers te onttrekken.¹⁴¹⁾ Evenzeer zullen ook andere rechtstelsels dan het Nederlandse 'security interests in property'¹⁴²⁾ beschermen ook als de betrokken goederen voorwerp van een trust geworden zijn. De strekking van de hier bedoelde bepalingen is echter uiteraard niet af te doen aan de basisregel dat de trustgoederen een afgezonderd vermogen vormen en niet kunnen dienen tot verhaal van privéschulden van de trustee.¹⁴³⁾

40. *Artikel 16.* In het kader van dit preadvies kan de bepaling over de toepassing van voorrangsregels van het forum en eventueel van een derde land grotendeels onbesproken blijven. Zij vindt haar voorbeeld in artikel 7 van het EVO-verdrag en enkele andere Haagse verdragen bevatten een soortgelijke bepaling, zie artikel 16 van het vertegenwoordigingsverdrag¹⁴⁴⁾ en artikel 17 van het nieuwe koopverdrag.¹⁴⁵⁾ In de Nederlandse rechtspraak is toepassing van voorrangsregels in afwijking van de volgens regels van IPR toepasselijke wet zeldzaam¹⁴⁶⁾ ook al stamt de regel van het EVO-verdrag uit een Nederlandse rechterlijke beslissing.¹⁴⁷⁾ Voorrangsregels, zelfs derdelands voorrangsregels, zoals deviezenvoorschriften, zouden in beginsel ook op het terrein van de trust kunnen worden ingeroepen maar ook hier zal toepassing daarvan wel uitzondering blijven.

VI. Invoering van Nederlands trustrecht?

41. Men kan er wellicht over debatteren of wij in Nederland reeds thans rechtsfiguren kennen die men als trust zou mogen aanmer-

¹⁴⁰⁾ Zie bijv. Parker and Mellows a.w. blz. 618: 'From its earliest days, equity has always been prepared to permit a beneficiary of a trust to enforce that trust against every transferee of the trust property save where the latter can show that he is a bona fide purchaser of a legal estate therein for value without notice or, today, can make out a defence of change of position'. Bij een trust ligt de vraag van goede trouw van de verkrijger overigens wel enigszins anders dan gewoonlijk bij ons het geval is, omdat de trustee die in breach of trust vervreemt wel eigenaar is. De externe werking van de trustverhouding en het daaraan verbonden recht van de beneficiarissen tot 'tracing' impliceren echter dat vervreemding in strijd met de verplichtingen van de trustee als een gebrek aan beschikkingsbevoegdheid werkt.

¹⁴¹⁾ Parker and Mellows, a.w. blz. 175-181.

¹⁴²⁾ Daarop heeft de bepaling het oog, zie rapport Von Overbeck nr. 143 slot.

¹⁴³⁾ Als het tenminste niet gaat om een declaration of trust waarbij de settlor zichzelf als trustee van de hem reeds toebehorende trustgoederen heeft aangesteld.

¹⁴⁴⁾ Verdrag van 14 maart 1978, Trb. 1987, 138, Recueil blz. 252; Boele-Woelki nr. 70.

¹⁴⁵⁾ Verdrag van 22 dec. 1986, Trb. 1990, 41; Recueil blz. 326; Boele-Woelki nr. 77.

¹⁴⁶⁾ Zie over dit onderwerp Strikwerda a.w. nrs. 77 t/m 83.

¹⁴⁷⁾ HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3 (HB) inzake Alnati, zie ook HR 12 jan. 1979, NJ 1980, 526 (JCS) inzake Sewrajsing.

ken.¹⁴⁸⁾ Neemt men echter de diverse door Uniken Venema besproken vormen van 'eigendom ten titel van beheer' tot richtsnoer dan zijn dat reeds daarom veelal geen figuren die onder het trustbegrip zouden vallen omdat daaraan de externe werking ontbreekt.¹⁴⁹⁾ 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. Dat is al reeds daarom niet gerechtvaardigd omdat de trust berust op een langdurige rechtsontwikkeling in de common law landen, is voorzien van een uitgebreid apparaat van rechtsregels, en is onderworpen aan een rechterlijke controle zoals wij die niet kennen. Nemen wij dit als uitgangspunt dan kan men de vraag stellen of wij een Nederlands trustrecht moeten invoeren, gelijk men in Frankrijk destijds een wetsontwerp tot invoering van de 'fiducie' heeft ingediend.¹⁵⁰⁾ Men kan dit probleem natuurlijk ook zo eenvoudig zien als een Amerikaanse beoefenaar van het trustrecht¹⁵¹⁾ die betoogt dat civil law landen maar het beste doen om, door de U.S.A. bij de hand genomen, eigen trustrecht naar Anglo-Amerikaans model in te voeren:

'The appropriate course now is for the United States and offshore centers to work hand in glove to offer a structure whereby those subject to the civil law can free themselves from the rigidities of that system of law and maximize the efficient management of their worldwide wealth through reliance on trusts'.

Het Haagse trustverdrag zou in de visie van de auteur vervolgens naar de mestvaalt verwezen kunnen worden. Toen ik dit las herinnerde ik mij een soortgelijk betoog in een in de USA ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de Haagse Conferentie gehouden symposium,¹⁵²⁾ waarin een ander Amerikaans hoogleraar de diverse Haagse rechtsovereenkomsten als onbruikbaar van de hand wees, en de Europese landen aanbeval een burgerlijk procesrecht naar Amerikaans model in te voeren. Met dit soort benaderingen komt men internationaal echter niet verder. Een eerste vereiste is dat men beseft dat ieder rechtssys-

¹⁴⁸⁾ Zie voor een overzicht van trustachtige figuren in het Nederlandse recht de MvT bij goedkeuringswet en WCT (kamerstukken 23027), blz. 5/6.

¹⁴⁹⁾ Cf. Uniken Venema/Eisma preadv. nr 10.2.2 (blz. 222/223). (Noot: in het aangehaalde werk zijn er twee nummers 10.2.2).

¹⁵⁰⁾ Zie daarover o.m. J.de Guillenschmidt e.a., *Fiducie*, *Revue de droit bancaire* 1990, blz. 105/124; Chr. Larroumet, *La fiducie inspirée du trust*, *Rec. Dalloz Sirey* 1990 (*Chronique*), blz. 119/121. Het wetsontwerp is inmiddels ingetrokken.

¹⁵¹⁾ Jeffrey A. Schoenblum, *The Hague Convention on trusts: much ado about very little*, *Journal of International Trust and Corporate Planning* Vol.3 No 1 (april 1994), blz. 5/22. Ik heb deze publicatie pas ter beschikking gekregen toen de tekst van dit preadvies zo goed als voltooid was.

¹⁵²⁾ Duke University, Durham (NC), October 1992. Zie *Law and Contemporary Problems* Vol. 57 number 3 (1994), met bijdragen van onder meer H. Smit (*International Control of International Litigation: Who Benefits?*) en C.D. van Boeschoten (*Hague Conference Conventions and the United States: A European View*).

teem zijn eigen stokpaarden en 'parochial rules'¹⁵³⁾ heeft, die veelal op een lange rechtsontwikkeling en traditie berusten. Bij het maken van (internationaal privaatrechtelijke) verdragen moet men deze rechtsverscheidenheid in aanmerking nemen en trachten tussen de verschillende stelsels bruggen te slaan, niet om het ene land te bewegen het recht van het andere land over te nemen, c.q. om zijn eigen fundamentele rechtsbeginselen aanstonds over boord te zetten. Op grond van dit soort van overwegingen zou ik ook voorzichtig willen zijn met het invoeren van een Nederlands trustrecht.¹⁵⁴⁾ Het is waarschijnlijk dat ratificatie van het trustverdrag zal leiden tot een geleidelijk toenemende vertrouwdeheid met het verschijnsel trust, ook in juridische milieus waar men tot dusverre voor het verschijnsel beducht is of onvoldoende ervaring heeft met de werking ervan in de praktijk. Aldus kan een verdrag als het Haagse trustverdrag een nuttige kanaliserende en educatieve functie vervullen. Wie zich enige tijd in de trust verdiept heeft, ontkomt er niet aan respect te krijgen voor dit veelzijdige, veelomvattende en flexibele juridische instrument. Dat is echter wat anders dan zich blindelings te storten in een 'dat moeten wij ook hebben'. Juist de complexe natuur van de trust, de veelheid van regels en de traditie van rechterlijk toezicht die ermee verbonden zijn, dwingen tot de conclusie dat het invoeren van een Nederlands trustrecht een grootschalig wetgevingsproject met uitstralingen naar allerlei rechtsgebieden zou zijn. Laten wij nu eerst maar eens zien of ratificatie van het trustverdrag de koudwatervrees voor de trust doet afnemen. In een jaar of tien na de ratificatie weten wij ook wel of het verdrag de deur open zal blijken te hebben gezet voor vormen van misbruik die wij ons nu nog niet hebben kunnen voorstellen, c.q. juist het effect heeft gebruik van het trustinstrument in daarvoor niet aangewezen gevallen te voorkomen.¹⁵⁵⁾ Dan kan men zo langzamerhand gaan overwegen of invoering van een Nederlandse trust of 'eigendom ten titel van beheer', met een uitgewerkte wettelijke regeling, die voorziet in afgescheiden vermogen en verdere externe effecten, in ons rechtssysteem zou passen, internationaal in het belang van de Nederlandse economie zou zijn, en aan belanghebbende particulieren een waardevol instrument tot vermogensplanning en -beheer ook met betrekking tot Nederlands vermogen zou bieden.

¹⁵³⁾ De uitdrukking 'non-parochial rules' is van Michael C. Pyles, *Internationalism in Australian Private International Law*, Liber Memorialis François Laurent 1810-1887 (1989), blz. 963/998, *passim*.

¹⁵⁴⁾ Cf. de MvT blz. 7

¹⁵⁵⁾ Het hiervoor genoemde artikel van Schoenblum verdedigt de mening dat ratificatie van het verdrag Amerikaanse adviseurs huiverig zou maken trusts in te stellen die zich uitstrekken tot vermogen in civil law landen.

VII. Ratificatie van het trustverdrag wenselijk

42. De laatste vraag die ik in dit preadvies bespreken wil, is of Nederland het trustverdrag dient te ratificeren.¹⁵⁶⁾ Ik heb al geschreven dat de Anglo-Amerikaanse trust een fundamenteel instituut van de common law rechtstelsels is en dat men die in het rechtsverkeer van de civil law landen tegenkomt. Bij gebreke van een regeling als die van het verdrag heeft men zich tot dusverre bij de behandeling van dergelijke trusts moeten behelpen met noodoplossingen die verschillend kunnen uitvallen omdat zij gemeen hebben dat men de trust poogt te accommoderen door daarop voor andere instituten gegeven rechtsregels analogisch toe te passen. Dat probleem zal ernstiger worden naar mate met de toenemende mobiliteit van bevolkingen en de internationale vervlechting van het commerciële verkeer trusts meer in het rechtsverkeer van non-trustlanden zullen doordringen. In de USA, Canada, Australië of het Verenigd Koninkrijk wonende Nederlanders, die nog vermogen of familie in Nederland hebben, zullen bij het treffen van vermogensregelingen of het maken van testamenten door hun buitenlandse adviseurs dikwijls tot het instellen van trusts geraden worden; soms zullen dat adviseurs zijn die zich zelfs van bezwaren tegen de trust niet bewust zijn of die daarvoor in de zich voordoende situatie niet een goed alternatief hebben. In het commerciële verkeer kan men evenmin verwachten dat trusts die in een groot deel van de wereld een voor de hand liggend instrument zijn (of waarin b.v. grote pensioenfondsen beheerd worden) voor de grens van continentaal Europa halt zullen maken. Tegenover het verschijnsel past daarom geen juridisch isolationisme dat op grond van dogmatische bezwaren of ongesubstantieerde vrezen voor belastingontduiking¹⁵⁷⁾ of ander misbruik de trust uit het Nederlandse rechtsleven poogt te weren.¹⁵⁸⁾ Integendeel, nu trusts tot de realiteit van het internationale rechtsverkeer behoren, doet ook Nederland beter regelgeving daarvoor te aanvaarden. Het verdrag biedt daarvoor, in samenhang met de voorgestelde Wet Conflictenrecht Trusts, een evenwichtige oplossing, die, gelijk hiervoor al uiteengezet, ook een preventieve functie kan vervullen doordat het aangeeft in welke gevallen men het in Nederlandse verhoudingen niet met een buitenlandse trustconstructie behoeft te proberen. Zuiver in-

¹⁵⁶⁾ Zie hierover laatstelijk ook M.E. Koppenol-Laforce, *To trust or not to trust*, WPNR 6155, blz. 737/738.

¹⁵⁷⁾ Zie over belastingaspecten ook de MvT, blz. 8.

¹⁵⁸⁾ In een recente Nederlands-Antilliaanse beslissing werd de boefte tot erkenning van trusts onderschreven en de stelling verworpen dat die erkenning zou indruisen tegen de Nederlands-Antilliaanse rechtsorde, zie het tussenvonniss van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba in de Nadar-zaak, kenbaar uit HR 9 nov. 1990, NJ 1992, 212 (WMK), zie ook noot 119.

ternationaal privaatrechtelijk betekent het verdrag pure winst: IPR regels over het op trusts toepasselijke recht en inzake hun erkenning hebben wij tot dusverre niet en ons juridisch instrumentarium zal dus door ratificatie van het verdrag verrijkt worden. Tot die ratificatie is ook door de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht geadviseerd. Dat sommigen de ratificatie gepaard zouden willen zien gaan met de invoering van een eigen Nederlands trustrecht of menen dat het verdrag een te sterk compromiskarakter heeft, is geen reden om niet tot ratificatie over te gaan. Ik meen dus dat de regering terecht tot die ratificatie besloten heeft en dat de goedkeuringswet en de Wet Conflictenrecht Trusts in het Staatsblad behoren te komen.

HET NEDERLANDSE GOEDERENRECHT EN HET HAAGS TRUSTVERDRAG¹⁾

Prof. mr R.D. Vriesendorp

'Pour un 'civiliste' peu formé au droit comparé, le trust est une institution inclassable qui entre dans toutes les catégories juridiques mais qui les déborde toutes. Le *common lawyer*, qui, dès l'enfance, est habitué aux *trustees* de son école, de son association sportive, de l'organisme financier qui pourvoit à ses études, qui cotise à un *pension trust* avant d'établir un trust testamentaire, ne décrit pas mieux le trust, mais parce qu'il le connaît trop!²⁾

Inleiding

Toen het bestuur van de Vereniging voor Burgerlijk Recht mij in het voorjaar benaderde voor een preadvies over het Haagse Trustverdrag,³⁾ hierna kortheidshalve aangeduid als het 'Verdrag', was ik aarzelend. Niet omdat ik het niet als een voorrecht beschouw een preadvies voor de Vereniging te mogen schrijven, maar omdat er over dit onderwerp inmiddels al het nodige geschreven was.⁴⁾ Bovendien was de voortgang van de parlementaire behandeling onduidelijk. Tenslotte was het Verdrag gericht op erkenning van bepaalde soorten buitenlandse trusts waardoor een belangrijke beperking aan de gevolgen van het Verdrag was gegeven: buitenlandse trusts moeten als zodanig in de Nederlandse rechtsorde een rol kunnen spelen. Eventuele vraagstuk-

¹⁾ Omdat de preadviezen dit jaar pas na de jaarvergadering ter perse hoefden te worden gezonden, is de tekst in overleg met de Vereniging naar aanleiding van de interventies op enkele plaatsen verduidelijkt en/of aangevuld. Waar dit heeft geleid tot wezenlijke veranderingen ten opzichte van de vooraf toegezonden tekst is dit aangegeven.

²⁾ Aldus G.A.L. Droz in zijn recensie van J.P. Béraudo's 'Les trust anglo-saxons et le droit français' (Paris, 1992) in *Revue critique de droit international privé* 1992, blz. 609.

³⁾ Officieel genaamd 'Convention on the law applicable to trusts and on their recognition' (Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts) van 1 juli 1985 (Trb. 1985, 141; zie Bijlage I), waarvan de stukken zijn te vinden in 'Actes et Documents' (Deel II) van de Vijftiende zitting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.

⁴⁾ In dit verband zij – zonder volledigheid te pretenderen – verwezen naar de volgende literatuur waarin een of meer bepaalde aspecten van het Verdrag aan de orde komen: E. Cohen Henríquez, *Trusts*, TVVS 1986/10-11 en E. Cohen Henríquez, *De erkenning van Anglo-Amerikaanse trusts en buitenlandse vennootschappen*, *Offerhauskring vijftienvintig jaar* (Deventer 1987), blz. 41 e.v.; F.A.A. Duynstee, *Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?*, WPNR 6092; I.S. Joppe, *Iets over het erfrechtverdrag en het trustverdrag*, *Quod licet* (Deventer 1992); W.M. Kleijn, *De trust in Nederland*, CJHB (Brunner-bundel), (Deventer 1994); A. Knigge, *Het Haagse Trustverdrag* (1985), TVVS 1994/3; H. van Kooten, *De Anglo-Amerikaanse trust in het toekomstige internationaal privaatrecht*, AAe 1993, blz. 637-643; F.P. van Koppen, *Bestaan er echte trustverhoudingen in Nederland, Duitsland en Luxemburg?*, WPNR 5906-07; M.E. Koppenol-Laforce, *To trust or not to trust...*, WPNR 6155; G. Raaijmakers, *De externe werking van een trustverhouding tegenover derden naar Engels en Amerikaans recht*, AAe 1994, blz. 331-339; W. Russchen, *Volg het spoor terug*, WPNR 6154; W. Sniijders, *Trustverdrag en Nederlands materieel recht*, *Grensoverschrijdend privaatrecht* (Deventer 1993); C.Æ Uniken Venema, *Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht*, WPNR 5727-29 en *Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts*, WPNR 6092-93 en 6095.

ken zouden – zo was mijn eerste gedachte – simpel aan de hand van het op de trust toepasselijke recht moeten worden opgelost. Al gauw bleek deze zienswijze te simpel. Ook al zegt de wetgever met zijn machtswoord dat een buitenlandse trust in Nederland – als buitenlandse trust – aan het rechtsverkeer kan deelnemen, dit neemt niet weg dat die rechtsfiguur met de Nederlandse situatie in aanraking komt net zo goed als Nederlandse justitiabelen met die buitenlandse trust in contact zullen komen. Dan blijken er wel degelijk allerlei vragen te rijzen waarvan beantwoording wenselijk is. Sommige vragen zullen slechts door de wetgever kunnen worden opgelost. De bepalingen in de – gelijktijdig met het ter goedkeuring van het Verdrag aan het parlement aangeboden voorstel van Rijkswet⁵⁾ – Wet conflictenrecht trusts,⁶⁾ hierna aangeduid als ‘WCT’, vormen hiervan een aardig voorbeeld. Andere vragen zullen echter vanuit het systeem moeten worden verklaard. Bij nadere verdieping in de materie bleek mij hoeveel aardige juridische puzzels aan dit onderwerp kleven, niet in het minst door het telkens terugkerende fundamentele verschil in aanpak in de common law stelsels waarin de trust (in talloze verschijningsvormen) een niet meer weg te denken rechtsfiguur is en de civil law stelsels. Dit neemt niet weg dat bepaalde rechtstelsels met civil law invloeden de trust inmiddels hebben overgenomen (Luxemburg, Liechtenstein, Québec), dan wel enigszins vergelijkbare rechtsfiguren kennen (Duitsland).⁷⁾

Uiteraard heb ik mij bij het schrijven van dit preadvies beperkingen moeten opleggen in verband met de mij toegemeten ruimte van ongeveer 50 bladzijden. Hierbij heb ik mij hoofdzakelijk gericht op de gevolgen van een aanvaarding van het Verdrag voor het Nederlandse goederenrecht. In dit verband hebben de preadviseurs een ruwe tweedeling gemaakt waarbij Van Boeschoten zich vooral heeft gericht op de i.p.r. aspecten van het Verdrag voor zover van belang voor de civilisten van onze vereniging. Mijn betoog vooronderstelt de toepasselijkheid van het Verdrag op een bepaalde trust, hierna soms ook kort aangeduid als de ‘Haagse trust’, waarbij zich bepaalde trustactiva in Nederland bevinden, althans aan het Nederlandse recht zijn onderwor-

⁵⁾ Wetsvoorstel 23054 (R 1464) tot goedkeuring van het op 1 juli 1985 te ‘s-Gravenhage tot stand gekomen verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts (Trb. 1985, 141), waarvan tot nog toe de stukken 1 t/m 9 zijn verschenen. Zie Bijlage III.

⁶⁾ Wetsvoorstel 23027 houdende wettelijke bepalingen in verband met de aanvaarding van het op 1 juli 1985 te ‘s-Gravenhage tot stand gekomen verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts (Trb. 1985, 141), waarvan tot nog toe de stukken 1 t/m 5 zijn verschenen. Zie Bijlage II.

⁷⁾ Zie omtrent enkele van deze rechtsfiguren F.P. van Koppen, t.a.p., WPNR 5906-07. Ook in Frankrijk is men bezig geweest een vorm van trust in het civil law stelsel te incorporeren via een overeenkomst genaamd ‘la fiducie’. Het gerucht gaat dat dit project inmiddels zou zijn ingetrokken. In ieder geval ligt het voorstel alweer geruime tijd in de ijskast.

pen. Tevens wordt voorondersteld dat een erkenning van deze trust niet afketst op de ontsnappingsmogelijkheid van art. 13 Verdrag, omdat er teveel Nederlandse elementen een rol spelen. Deze twee vooronderstellingen hoeven niet met elkaar in strijd te zijn, zoals blijkt uit de voorgeschiedenis van art. 13 Verdrag.⁸⁾ Voorts heb ik buiten beschouwing gelaten vraagstukken die het interne recht van de buitenlandse trust raken, behalve waar dat nodig was voor een beter begrip van ons eigen recht. Bedacht dient namelijk te worden dat er niet 'één' trustrecht bestaat dat in alle common law jurisdicties gelijk is. Dit neemt niet weg dat wanneer men in een concreet geval met een 'Haagse trust' te maken krijgt, men zich terdege bewust moet zijn van de haken en ogen van dat toepasselijke trustrecht. Een laatste belangrijke beperking die ik tenslotte aan mijn preadvies heb gesteld is dat ik mij vooral bezig houd met kwesties van goederenrecht. Andere kwesties – hoe interessant ook, zoals bijvoorbeeld de contractpositie van de trustee – komen hooguit zijdelings aan de orde.

Al schrijvende is mij gebleken dat mijn eerste angst ten onrechte is geweest. Zoals uit bovenstaand citaat blijkt is het gat tussen trustjurisdicties en non-trustjurisdicties, hoewel niet onoverbrugbaar, nog lang niet gedicht. Het wezenlijke verschil in aanpak tussen 'common lawyers' (gericht op het zoeken naar aanspraken) en 'civil lawyers' (gericht op het zoeken naar een zo sluitend mogelijk systeem) leidt telkens weer tot verrassingen waarbij soms de meer praktische aanpak van de common lawyer en soms de meer systematische aanpak van de civil lawyer de voorkeur verdient. Ik pretendeer geenszins met dit preadvies alle mogelijke goederenrechtelijke consequenties van de aanvaarding van het Verdrag te hebben besproken en opgelost. Wel hoop ik bij de lezer een zekere nieuwsgierigheid op te kunnen wekken naar de wijze waarop de twee rechtssystemen op het terrein van de trust met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht. Na aanvaarding van het Verdrag zal de Nederlandse jurist – en in ieder geval de Nederlandse civilist – zich niet meer voor de civielrechtelijke gevolgen van de trust kunnen afsluiten. Zeker in het licht van de keuze voor een minimum-regeling in het Verdrag die een verdergaande acceptatie van de trust geenszins uitsluit (vgl. art. 14 en 20 Verdrag) en het feit dat het Verdrag leidt tot een introductie in ons interne recht van de trust (de 'Haagse trust'), acht ik verdieping van de kennis op dit terrein geboden. Of een en ander ook zal leiden tot de introductie van een volledig

⁸⁾ Zie Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck, Proceedings of the fifteenth session (Den Haag 1985), blz. 370-415, hierna kortheidshalve aangeduid als het 'Rapport', nrs. 130 e.v.; vgl. ook de voorbeelden genoemd in Bijlage I nrs. 1, 2 en 6 bij het advies van de Koninklijke Notariële Broederschap terzake van de implementatie van het Verdrag.

Nederlandse trust, zoals Uniken Venema met verve bepleit,⁹⁾ is een kwestie die door een aanvaarding aan actualiteit wint. Bij de WCT is door de verantwoordelijke bewindsman uitdrukkelijk te kennen gegeven dat invoering van een Nederlandse trust op dit ogenblik niet noodzakelijk is. Aanvaarding van die figuur voor ons recht verlangt volgens hem bovendien een goed doordenken ten aanzien van de mogelijke consequenties voor ons recht, vooral ten aanzien van de waarborgen die het Nederlandse recht, 'in het bijzonder het zakenrecht, onder meer voor schuldeisers en andere derden' bevat.¹⁰⁾ Dit standpunt moge op zich juist zijn, maar het geldt m.i. ook al bij de aanvaarding van het Verdrag. Ook dit vereist een goed doordenken van de gevolgen daarvan voor ons recht. Het speciaal door de bewindsman genoemde zakenrecht ('goederenrecht') vormt hiertoe het voorwerp van dit preadvies.

De opzet van het preadvies is een splitsing in een algemeen deel en een bijzonder deel. In het algemeen deel behandel ik enkele algemene vraagstukken die zich in verband met de aanvaarding van het Verdrag kunnen voordoen, zoals de creatie van het afgescheiden vermogen, de relatie met het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW, de consequenties van art. 4 WCT en de plaats van de 'Haagse trust' in het Nederlandse goederenrechtelijke systeem. In het bijzonder deel ga ik vervolgens in op specifieke goederenrechtelijke kwesties in de relatie insteller-trustee en de wijzen waarop de trustee trustactiva verwerft. Naar aanleiding van een ter vergadering gestelde vraag komt de kwestie aan de orde hoe vervanging en opvolging van een trustee ten aanzien van Nederlandse trustactiva moeten worden geëffectueerd. Verder besteed ik aandacht aan de positie van de begunstigde in relatie tot de trustee en derden; wat dit laatste betreft zowel ten opzichte van de schuldeisers van de trustee als derden-verkrijgers van de trustee, terwijl voorts aandacht wordt geschonken aan de gevolgen van origineire wijzen van eigendomsverkrijging terzake van trustbestanddelen. Tenslotte komt de positie van de begunstigde ten opzichte van de trustee aan de orde, zowel gedurende de looptijd van de trust als aan het einde daarvan. Ter afsluiting van deze inleiding wil ik de lezer alvast verklappen dat naar mijn overtuiging de wetgever, het parlement in het bijzonder, een eventuele koudwatervrees terzake van het Verdrag zo snel mogelijk moet laten varen. Ook al zijn niet alle kwesties op voorhand op te lossen, zoals uit dit preadvies moge blijken, dit neemt niet weg dat ik goedkeuring en aanvaarding van het Verdrag van harte aanbeveel.

⁹⁾ Recentelijk nog eens in zijn artikel in WPNR 6093, § 9.5 waarin hij constateert dat er thans geen fundamentele bezwaren meer tegen een dergelijke erkenning bestaan.

¹⁰⁾ Zie MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 3.

1. Het afgescheiden vermogen van de 'Haagse trust'

Een van de kernelementen van het Verdrag is de erkenning van het trustvermogen als een van het privé-vermogen van de trustee afgescheiden vermogen. Dit wezenskenmerk van de Anglo-Amerikaanse trust vormt ook het basisprincipe van de 'Haagse trust'.¹¹⁾ Op verschillende plaatsen is dit beginsel in het Verdrag terug te vinden. Enerzijds bij de beschrijving van de karakteristieken van de trust in art. 2 Verdrag:

'a) de goederen van de trust vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;'¹²⁾

niettegenstaande het andere karakteristiek dat

'b) de rechtstitel met betrekking tot de goederen van de trust staat ten name van de trustee (...);'¹³⁾

Anderzijds treffen wij dit aspect ook aan bij de gevolgen van erkenning van een trust als zijnde een trust in de zin van het Verdrag ingevolge art. 11 Verdrag. Ingevolge lid 2 van deze bepaling heeft een dergelijke erkenning namelijk tenminste tot gevolg dat er een afgescheiden vermogen ontstaat.¹⁴⁾ Dit wordt vervolgens in lid 3 verder uitgewerkt:

(a) privé-crediteuren van de trustee hebben geen verhaal op het trustvermogen,

(b) het trustvermogen valt niet in het faillissement van de trustee en

(c) het maakt geen onderdeel uit van het huwelijksvermogen noch van de nalatenschap van de trustee. De aldus ontstane onaantastbaarheid van het trustvermogen voor verhaal door diens privé-schuldeisers vormt een fundamentele inbreuk op het hier te lande geldende stelsel dat iemands vermogen als verhaalsobject dient voor diens crediteuren (art. 3:276 BW). Hoe moet dit effect van de erkenning van een 'Haagse trust' nu in ons rechtsstelsel worden ingebed?

Wanneer het Verdrag voor Nederland in werking treedt zal op grond van art. 94 Grondwet moeten worden aangenomen dat de verdragsregel prevaleert boven de bepaling van art. 3:276 BW. Deze regel is echter minder vanzelfsprekend nu de samenstellers van het Verdrag dit fundamentele verschil in zekere zin facultatief hebben gemaakt om-

¹¹⁾ Zie bijvoorbeeld Rapport nrs. 44, 108.

¹²⁾ In de authentieke Engelse tekst luidt deze bepaling: 'the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;'

¹³⁾ De authentieke Engelse tekst luidt: 'title to the trust assets stands in the name of the trustee (...)'.
¹⁴⁾ Vgl. ook MvT WCT (23027, nr. 3) blz. 4.

wille van de aanvaardbaarheid van het Verdrag. Zij hebben namelijk voor potentiële ondertekenaars in het Verdrag een ontsnapingsmogelijkheid ingebouwd voor de situaties waarin het Verdrag in strijd zou komen met dwingendrechtelijke bepalingen van het rechtsstelsel waarin erkenning van een buitenlandse trust moet plaatsvinden.¹⁵⁾ In art. 15 Verdrag is een enumeratieve opsomming gegeven van terreinen van het recht waarop dergelijke dwingendrechtelijke bepalingen de regels van het Verdrag opzij zetten. Van belang is hier de uitzondering genoemd in art. 15 lid 1 sub e Verdrag terzake van dwingendrechtelijke bepalingen op het gebied van de crediteurenbescherming bij insolventie.

Hoewel art. 3:276 BW uitzonderingen toelaat wanneer de wet¹⁶⁾ zulks bepaalt, is deze bepaling, zoals in beginsel elke goederenrechtelijke bepaling waarbij de rechten van derden in het geding kunnen zijn, als een regel van dwingend recht te beschouwen. Omdat dit in feite zou betekenen dat het Verdrag voor Nederland zijn doel voorbij zou schieten is, op aanraden van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, in art. 4 WCT uitdrukkelijk opgenomen dat de in art. 11 Verdrag genoemde rechtsgevolgen van de erkenning van een trust onder het Verdrag niet worden aangetast door de desbetreffende bepalingen van Nederlands recht.¹⁷⁾ Dit betekent derhalve dat een op grond van het Verdrag te erkennen trust, een 'Haagse trust', er toe zal leiden dat de betreffende trustgoederen een van het overige vermogen van de trustee afgescheiden vermogen gaan vormen.

2. Het Verdrag en art. 3:84 lid 3 BW

Voordat gekeken wordt tot welke complicaties deze afwijking van ons systeem kan leiden, dient allereerst nog een andere kwestie te worden besproken die in het kader van de aanvaarding van het Verdrag voor ons recht van belang is. Het hierboven behandelde principiële aspect van het trustrecht dat het trustvermogen bij de trustee een afgescheiden vermogen vormt dat niet vatbaar is voor verhaal door diens (privé)crediteuren doet de vraag rijzen naar de invloed van – het omstreden¹⁸⁾ – art. 3:84 lid 3 BW, meer in het bijzonder het tweede deel daarvan, luidende:

¹⁵⁾ Zie Rapport nrs. 105 en 136 e.v.

¹⁶⁾ De andere uitzondering van de overeenkomst is hier zonder betekenis, omdat het daarbij gaat om de overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar waarbij de eerste afsprekt zich bij zijn verhaal te beperken tot bepaalde goederen. Het ziet niet op een overeenkomst waarbij partijen afspreken dat bepaalde activa van de schuldenaar niet aan verhaal door derden bloot zouden staan.

¹⁷⁾ Zie hieromtrent ook MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 9.

¹⁸⁾ Zie bijvoorbeeld de bijdragen van H.W. Heyman, W.M. Kleijn en S.C.J.J. Kortmann aan de 'Leasing special' van WPNR 6119 (1994).

'Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht.'

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt immers de uitdrukkelijke wens van de wetgever om te voorkomen dat rechten op een andere manier gesplitst zouden worden dan de wet via de beperkte rechten toestaat. Met andere woorden, deze bepaling is grotendeels geschreven met het oog op handhaving van ons gesloten stelsel van 'goederenrechtelijke' rechten.¹⁹⁾ Het feit dat bepaalde geleverde goederen niet voor uitwinning door de crediteuren van de verkrijger vatbaar zouden zijn, zou blijkens de parlementaire geschiedenis er toe leiden dat er geen overdracht heeft plaatsgevonden. Door art. 3:84 lid 3 BW zal er dan immers geen geldige titel aan de levering ten grondslag liggen:

'Het gaat (...) om rechtshandelingen die ook naar de bedoeling van partijen wel degelijk tot een werkelijke overgang van het goed in het vermogen van de ander strekken, zodat bij voorbeeld de *schuldeisers van de ander hun vorderingen na overdracht daarop kunnen verhalen* (...) Aldus keert het lid zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een 'overdracht' op andere wijzen over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten. Wanneer de rechter een zodanige figuur aantreft, zal hij moeten aannemen dat wegens het ontbreken van een voldoende titel geen geldige overdracht van het goed tot stand kwam. Maar komt hij in een gegeven geval tot het oordeel dat er wel een geldige overdracht is, omdat de titel aan de eisen voldoet, dan staat daarmee tevens vast dat het overgedragen goed aan de verkrijger toebehoort, dat slechts deze daarover kan beschikken en *dat het goed evenals diens overige vermogen voor zijn schulden kan worden uitgewonnen*' (curs. RDV).²⁰⁾

Deze koppeling van het verbod van art. 3:84 lid 3 BW aan het beschikbaar zijn voor verhaal voor de schuldeisers van de verkrijger komt terug bij de behandeling van het uitstel van titel 3.6 over het bewind:

'Aantekening verdient dat handhaving van titel 3.6 ook niet nodig is met het oog op wat in het huidige recht wordt aangeduid als "fiducia cum amico", een figuur die in artikel 3.4.2.2 lid 3, slot, aan banden wordt gelegd. Zoals uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt (blz. 318-319) kan die slotzinsnede moeilijk als te knellend worden ervaren, nu zij slechts overdrachten belet uit hoofde van een titel die beoogt de verkrijger bij voorbeeld niet volledig beschikkingsbevoegd te maken of *het overgedragen goed niet in zijn voor verhaal door zijn schuldeisers vatbare vermogen te laten*

¹⁹⁾ Zie met betrekking tot dit argument van de afkeer van een andere wijze van splitsing van het eigendomsrecht MvT WCT (23027, nr. 3) (23027) blz. 4; zie voorts bijvoorbeeld C.Æ. Uniken Venema/S.E. Eisma, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, preadviezen Vereniging Handelsrecht 1990, hfdst. XI en C.Æ. Uniken Venema, t.a.p., WPNR 6093, § 9. De andere bevestigend dat het dient ter voorkoming van fiduciaire eigendomsoverdrachten ter ontduiking van de regels van het stille pandrecht (en waarvoor het eerste deel van deze bepaling vooral is geschreven) blijft in dit preadvies verder buiten beschouwing. Voor de hier besproken kwestie is dat niet relevant.

²⁰⁾ Zie Parl. Gesch. Boek 3, blz. 319.

vallen, terwijl er geen beletsel bestaat om de verkrijger de bevoegdheden die men hem wil doen toekomen, langs obligatoire weg toe te kennen.²¹⁾ (curs. RDV).

Bij de invoeringswetgeving van Boek 3 BW was de minister genoodzaakt om op deze kwestie wederom in te gaan naar aanleiding van de stellingname van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen. In de Memorie van Antwoord is daarover het volgende te vinden:

‘Voorts heeft de Commissie gevraagd wat mijn opvatting is ten aanzien van de door het Genootschap kenbaar gemaakte standpunten dat de algemene regel van het derde lid van het onderhavige artikel heroverweging verdient in verband met trustverhoudingen en dat de nieuwe wettelijke regeling zodanig dient te worden ingericht dat aan dergelijke verhoudingen externe werking wordt verleend aan crediteuren in der voege dat trustregelingen kunnen bewerkstelligen dat het in beheer gegeven goed *buiten het vermogen van de trustee valt*. Naar de mening van het Genootschap mag Nederland niet afgesneden worden van internationale ontwikkelingen, zoals die onder meer blijken uit het [Verdrag].

(...) Deze formulering [van de slotwoorden van art. 3.4.2.2 lid 3; RDV] is aanzienlijk soepeler dan het voorafgaande voorschrift betreffende zekerheidsoverdracht en dwingt slechts – zowel de contractspartijen als achteraf de rechter – te kiezen tussen een echte overdracht waardoor het goed volledig in het vermogen van de verkrijger valt, en een volledig obligatoire verhouding.

Juist is dat men niet alles wat in het anglo-amerikaans recht door middel van een trustconstructie aan rechtsgevolgen in het leven kan worden geroepen, naar huidige en toekomstig Nederlands recht bereikt kan worden of op dezelfde wijze bereikt kan worden. (...)

De vraag of het wenselijk is thans trustverhoudingen die het Genootschap voor ogen staan op ruime schaal mogelijk te maken, moet echter ontkennend worden beantwoord. De trust is een figuur van anglo-amerikaans recht, die in het Nederlandse recht met zijn gesloten stelsel van zakelijke rechten niet goed past. Ook naar anglo-amerikaans recht is trouwens ook niet altijd zeker in welke gevallen en met welke gevolgen zij in het leven geroepen kan worden. In elk geval komt zij neer op een op weinig duidelijke wijze doorbreken van de gelijkheid van schuldeisers en leidt zij tot beperkingen van de bevoegdheid tot vervreemding, waarvan de vraag rijst in welke omstandigheden zij aan derden tegengeworpen kunnen worden. Een onverhoedse werking tegen derden zou gemakkelijk tot misbruik kunnen leiden. In het nieuwe wetboek is er daarom de voorkeur aan gegeven om aan dezelfde behoeften op andere wijze tegemoet te komen, onder meer met een ten opzichte van het huidige recht sterk uitgebreide regeling van het bewind (titel 3.6). Deze titel is weliswaar losgekoppeld in die zin dat zij eerst na de Boeken 3, 5 en 6 in werking zal treden, maar dit rechtvaardigt niet om in afwachting daarvan van het geheel andere stelsel van de anglo-amerikaanse trust uit te gaan. Integendeel ligt het voor de hand om tot de invoering van titel 3.6 het huidige recht op dit punt te handhaven en geen nieuwe ontwikkelingen in de hand te werken.

Wat het door het Genootschap vermelde verdrag over het recht toepasselijk op en erkenning van de anglo-amerikaanse trust betreft, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat het onderzoek naar de wenselijkheid van bekrachtiging van dit verdrag door Nederland nog niet is kunnen worden afgesloten. Bij de vraag of bekrachtiging wenselijk is, zal mede aan de orde moeten komen in hoeverre bekrachtiging tevens een vernieuwing van het interne Nederlandse recht op dit punt wenselijk maakt, waarbij ook de materie van titel 3.6 in de beschouwing zal moeten worden betrokken. Het verdient geen aanbeveling om daarop thans vooruit te lopen.²²⁾ (curs. RDV).

²¹⁾ Zie Parl. Gesch. Boek 3, blz. 1273.

²²⁾ Zie Parl. Gesch. Boek 3, blz. 1200-1201.

Met dit lange citaat beoog ik aan te geven dat de goedkeuring van het Verdrag niet geheel los kan worden gezien van de discussies over art. 3:84 lid 3 BW en de richting die onze wetgever wenst op te gaan terzake van splitsing van de juridische en economische belangen. Het element van het afgescheiden vermogen bij deze kwestie, die eveneens uitgebreid aan de orde komt in hoofdstuk XI van de preadviezen van Uniken Venema en Eisma voor de Vereeniging Handelsrecht 1990, verklaart ook het verschil tussen bijvoorbeeld onze 'eigendom ten titel van beheer' en de Anglo-Amerikaanse trusts. Want weliswaar is er bij eigendom ten titel van beheer sprake van eigendom bij de 'trustee', maar deze behoort volledig tot diens vermogen. Van een afgescheiden vermogen is geen sprake, zodat schuldeisers van de verkrijger ('trustee') zich op het ten titel van beheer overgedragen goed kunnen verhalen.

Zoals wij hiervoor hebben gezien is het afgescheiden vermogen van de trustactiva een wezenskenmerk van de 'Haagse trust', waarvoor Nederland bereid lijkt te zijn ons huidige stelsel open te breken. Wanneer men dit aspect nu combineert met de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW, zoals blijkens de totstandkomingsgeschiedenis geïnterpreteerd zou moeten worden, lijkt geen andere conclusie mogelijk dan dat er een conflict ontstaat, zodra het Verdrag voor Nederland in werking zal treden. Net als ten aanzien van het afgescheiden vermogen is gebeurd, zou de ontsnappingsmogelijkheid van art. 15 Verdrag, lid 1 sub d in het bijzonder, op dit punt tot grote onzekerheid aanleiding kunnen geven. Hoewel de meeste leden der Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW – m.i. ten onrechte – niet als een reëel gevaar zagen,²³⁾ heeft deze commissie niettemin voorgesteld daaromtrent bij de invoeringswetgeving een regeling te geven. Dit in verband met de mogelijkheid van twijfel enerzijds en het streven naar rechtszekerheid anderzijds. De regering heeft dit voorstel willen volgen en in art. 4 WCT ook opgenomen dat de bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht²⁴⁾ en zekerheidsrechten (vgl. art. 15 lid 1 sub d Verdrag) de gevolgen ener erkenning van een 'Haagse trust' onverlet laten. Het is echter de vraag of art. 4 WCT niet te beperkt geformuleerd is.²⁵⁾ Als de Nederlandse regels inzake overdracht ingevolge art. 15 Verdrag (ondergebracht bij het hoofdstuk 'Algemene bepalingen') inderdaad ook van invloed zijn op de in art. 8 Verdrag aan het toepasselijke trustrecht overgelaten

²³⁾ Zie rapport Staatscommissie i.p.r., 4 en 5. Vgl. ook MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 7, 9.

²⁴⁾ Strikt genomen is dit een onjuiste term, omdat 'eigendom' alleen betrekking heeft op 'zaken' (vgl. art. 5:1 j° 3:2 BW) en niet tevens op vermogensrechten. Een betere term lijkt mij het ruimere begrip 'overdracht'.

²⁵⁾ Zoals J.K. Franx en M.E. Koppenol-Laforce tijdens hun interventies betoogden.

vraag naar de geldigheid van de trust, is de regeling van art. 4 WCT onvoldoende. De terzijdestelling van het mogelijke bezwaar van art. 3:84 lid 3 BW in de verhouding insteller/trustee raakt immers niet de in art. 11 Verdrag omschreven rechtsgevolgen van een erkende trust. Het gaat veeleer om de totstandkoming van een trust²⁶⁾ dan wel de toevoeging van Nederlandse activa aan bestaand trustvermogen. Teneinde dit duidelijker tot uiting te laten komen stel ik voor art. 4 WCT als volgt te redigeren:

‘Artikel 84 lid 3 Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing op overdrachten in het kader van de totstandkoming van een overeenkomstig het Verdrag te erkennen trust dan wel latere toevoegingen aan het trustvermogen. Voorts laten bepalingen van Nederlands recht inzake overdracht, zekerheidsrechten of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie de in artikel 11 van het Verdrag omschreven rechtsgevolgen van de erkenning van de trust onverlet.’

Kortom, ook al zou art. 3:84 lid 3 BW de overdracht van trustbestanddelen door een insteller aan een trustee wegens ongeldigheid van de titel frustreren, dan zou deze consequentie door art. 4 WCT moeten worden voorkomen.²⁷⁾ Aannemende dat de regering het wetsvoorstel in deze zin nog aanpast rijst vervolgens de vraag naar de consequenties van deze legislatieve manoeuvre voor het Nederlandse goederenrecht.

3. Consequenties van art. 4 WCT; een discriminerende bepaling?

Allereerst kan onder verwijzing naar het voorgaande worden gewezen op het meest voor de hand liggende – en ook beoogde – gevolg dat een trust onder het Verdrag ook in Nederland er toe zal leiden dat het trustvermogen als een afgescheiden vermogen moet worden beschouwd. De trustgoederen dienen niet als verhaalsobject voor de privé crediteuren van de trustee. Bovendien zal een overdracht van trustactiva aan een trustee niet door het verbod van art. 3:84 lid 3 BW getroffen worden.

Een derde – en wellicht minder beoogd – gevolg is m.i. dat er aldus een rechtsongelijkheid dreigt te ontstaan tussen rechtssubjecten die zich van een buitenlandse trust kunnen voorzien en rechtssubjecten die dat niet kunnen. Weliswaar biedt art. 13 Verdrag aan de verdragsluitende staten de mogelijkheid om een trust niet te erkennen als die onvoldoende aanknopingspunten biedt, maar op grond van deze bepaling valt geen scherpe lijn te trekken. Zo is aan de ene kant een volledig Anglo-Amerikaanse situatie denkbaar waarbij de insteller, trustee en

²⁶⁾ Zie hierover hoofdstuk 6.

²⁷⁾ Zie hieromtrent ook MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 9.

begunstigde allemaal ingezetenen van bijvoorbeeld de staat New York zijn, maar een enkel trustbestanddeel zich in Nederland bevindt; niemand zal dan betwisten dat er sprake is van een onder het Verdrag vallende – en derhalve te erkennen – trust. Aan de andere kant is een trustovereenkomst te bedenken waarop bijvoorbeeld het recht van New York van toepassing wordt verklaard, maar die overigens geheel met de Nederlandse rechtssfeer is verbonden. Niemand zal dan willen beweren dat art. 13 Verdrag de rechter de mogelijkheid zou onthouden om de trust buiten toepassing te laten, althans daarop de gewone Nederlandse regels van toepassing te verklaren. Voor de onderhavige kwestie betekent dit dat er van een afgescheiden vermogen dan geen sprake kan zijn.

Tussen deze twee uitersten bevindt zich echter een scala van mogelijkheden waarbij het minder duidelijk is hoe geoordeeld moet worden.²⁸⁾

De vraag of er wel of niet sprake is van een onder het Verdrag te erkennen trust zal in dit grijze grensgebied van marginale factoren afhangen. De gevolgen zijn echter verstrekkend: valt het trustvermogen wel of niet in het faillissement van de trustee? Deze consequentie acht ik ongewenst.

Natuurlijk mogen verschillende gevallen verschillend behandeld worden. Gegeven de zojuist signaleerde glijdende schaal is het echter de vraag of er *wezenlijke* verschillen zijn. In feite belanden wij hier op het grensvlak tussen conflictenrecht en materieel recht. Moet de krachtens het Verdrag in art. 4 WCT neergelegde aanpassing van ons recht aan de erkenning van een buitenlandse trust niet verdergaande gevolgen hebben? M.i. is het twijfelachtig of het zojuist geschetste verschil in rechtsgevolgen te rechtvaardigen valt wanneer de grondslag van dat verschil minimaal is. Dit zou betekenen dat ook voor 'art. 13 Verdrag' situaties een afgescheiden vermogen geaccepteerd zou moeten worden. En omdat de grensafbakening op dit glijdende terrein van het ene uiterste tot het andere uiterste een arbitraire – maar ook nauwelijks distinguerende – bezigheid is, moet de wetgever na acceptatie van het afgescheiden vermogen met externe werking voor de buitenlandse trust op grond van art. 4 WCT die in beginsel ook voor de typisch 'Nederlandse situatie' aanvaarden. Zou dit ook tot de invoering van een Nederlandse trust moeten leiden? Volgens mij niet. Met het accepteren van een afgescheiden vermogen is nog niet de trust met al zijn eigenaardigheden in ons recht noodzakelijk. Wel kan ik mij voorstellen dat een en ander leidt tot de acceptatie voor ons Nederlandse recht van een 'eigendom ten titel van beheer' met externe werking. Dat wil zeggen dat die goederen in een afgescheiden vermogen vallen. Of dit als

²⁸⁾ Vgl. ook C.Æ Uniken Venema, t.a.p., WPNR 6093, § 10.

een 'Nederlandse trust' moet worden beschouwd laat ik verder buiten beschouwing.

In het navolgende richt ik mijn aandacht op de buitenlandse trust die op grond van art. 11 Verdrag erkend moet worden. Dientengevolge moet deze 'Haagse trust' in ons (goederen)recht ingepast worden. Hierbij kan men twee verschillende uitgangspunten hanteren.

4. Uitgangspunten voor inpassing van het Verdrag in het Nederlandse goederenrecht

In het ene uitgangspunt creëert een erkende 'Haagse trust' een rechtsfiguur in Nederland waaraan het Nederlandse goederenrecht ondergeschikt moet worden gemaakt. Dit betekent dat alle aan die trust krachtens het daarop toepasselijke recht verbonden gevolgen ongehinderd doorwerken in de Nederlandse rechtssfeer.²⁹⁾ In het andere uitgangspunt accepteert men de bijzondere status van de erkende trust als uitgangspunt, maar laat men die onderworpen zijn aan dwingendrechtelijke bepalingen van het Nederlandse goederenrecht, behoudens voor zover die bij of krachtens Verdrag buiten toepassing zijn verklaard.

Voor het eerste standpunt pleit het feit dat wij hier spreken over buitenlandse rechtsfiguren, die slechts op beperkte wijze onze rechtssfeer raken; het gaat niet om een rechtsfiguur die volledig ter vrije keuze aan alle Nederlandse justitiabelen ter beschikking staat. In het licht van de 'hogere' status van het Verdrag boven onze nationale wetgeving, zou die 'Haagse trust' volledig – dat wil zeggen inclusief alle eigenaardigheden van het op die trust toepasselijke recht – worden beheerst door dit toepasselijke recht.³⁰⁾

Voor het tweede standpunt pleit de vrije unieke opzet van het Verdrag: enerzijds erkenning van de trust in art. 11 Verdrag. Anderzijds bevat het Verdrag een ontsnappingsmogelijkheid ten aanzien van dwingende bepalingen in art. 15, die in feite de gehele strekking van het Verdrag nagenoeg teniet kan doen gaan.³¹⁾ In de Nederlandse opzet wordt evenwel afstand gedaan van twee belangrijke ontsnappingsmogelijkheden (art. 15 lid 1 sub d en e Verdrag), omdat anders aan de essentie van het Verdrag te zeer afbreuk zou worden gedaan.³²⁾

Naar mijn mening leidt de gekozen opzet van het Verdrag – enerzijds een dwingende regeling voorschrijven met betrekking tot de gevolgen van een erkenning van een trust op basis van het Verdrag en anderzijds

²⁹⁾ Denk bijvoorbeeld aan de fenomenen 'tracing' en 'constructive trust' (zie hieronder hoofdstukken 8 en 10).

³⁰⁾ Zie ook MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 3-4.

³¹⁾ Zie hiervoor hoofdstukken 1 en 2.

³²⁾ Zie MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 9, 17.

het toelaten van inbreuken daarop voor zover afkomstig van dwingend-rechtelijke bepalingen – tot het innemen van het tweede standpunt. Dit betekent dat de gevolgen van erkenning van de trust op grond van het Verdrag tevens worden beïnvloed door ons materiële (goederen)-recht.³³⁾ Want ook al heeft men niet gekozen voor de introductie van een Nederlandse trustfiguur, dit neemt niet weg dat een erkende 'Haagse trust' die wij op grond van het Verdrag als zodanig voor het Nederlandse recht moeten accepteren, een Nederlandse rechtsfiguur wordt. Het wordt dan interessant te onderzoeken welke gevolgen aan de integratie van de 'Haagse trust' in ons recht verbonden zijn. Om dit te kunnen vaststellen is allereerst vereist de plaats van de 'Haagse trust' in ons systeem te bepalen. Anders gezegd, op welke terreinen zal een 'Haagse trust' invloed ondervinden van dwingende bepalingen van Nederlands (goederen)recht en waar niet? Dit blijkt – ondanks de erkenning – niet eenvoudig te beantwoorden.

5. De plaats van de 'Haagse trust' in het Nederlandse systeem

Waar de trust in de meeste common law stelsels een volstrekt vanzelfsprekend fenomeen is en een eigen plaats in die rechtsstelsels inneemt, kan dat niet worden gezegd voor de meeste civil law stelsels.³⁴⁾ Weliswaar is het fenomeen van een fiduciaire rechtsverhouding ook in die rechtsstelsels meestal niet onbekend³⁵⁾ – mede tegen de achtergrond van het Romeinse recht als gemeenschappelijke bron – maar de continentale jurist is met de trustfiguur weinig vertrouwd, in het bijzonder doordat de Anglo-Amerikaanse trust zich moeilijk in het continentale systeem van 'ongesplitste' eigendomsrechten laat onderbrengen. De Anglo-Amerikaanse trust kent immers een 'legal title' van de trustee tegenover het 'beneficial interest' van de begunstigde. Gewaakt moet echter worden voor de gedachte dat er een soort dubbel of tweeledig eigendomsrecht, een 'dual ownership', bestaat waarbij zowel trustee als begunstigde een deel van het eigendomsrecht hebben. Het is veeleer een fiduciaire rechtsverhouding met bijzondere rechtsgevolgen.³⁶⁾ Voor

³³⁾ Hiermee ontstaat deze kwestie de conflictenrechtelijke aanpassingsproblematiek en leidt zij tot een materieelrechtelijke aanpassingsvraag; vgl. L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht (Groningen, 1992), nrs. 51 e.v., blz. 67 i.h.b.

³⁴⁾ Een aardige illustratie hiervan vormt het aan het begin weergegeven citaat van G.A.L. Droz. Vgl. ook Rapport nrs. 12, 14.

³⁵⁾ Vgl. bijvoorbeeld de Duitse 'Treuhand', de Liechtensteinse en Luxemburgse fiducia, het Franse – vooralsnog (definitief?) opgeschorte – ontwerp voor een overeenkomst genaamd 'la fiducie' en ook onze oude fiduciaire eigendom. Op essentiële punten wijken deze rechtsfiguren evenwel af van de Anglo-Amerikaanse trust die toch eigenlijk voor het Verdrag model heeft gestaan. Zie hieromtrent F.P. van Koppen, t.a.p., WPNR 5906-07.

³⁶⁾ Vgl. de in de literatuur veelvuldig aangehaalde 'red herring' van A. Dyer, Anglo-Amerikaanse trusts en het Nederlandse recht, preadvies NVIR 1983, blz. 7-9.

bijvoorbeeld Québec, dat een gemengd stelsel kent, vormde dit aanleiding de trust in de per 1 januari jl. in werking getreden nieuwe code civil als een geheel eigen rechtsfiguur te behandelen (art. 1260-1298 Code civil du Québec). Uitdrukkelijk wordt hiertoe in art. 1261 CC bepaald dat insteller, trustee noch begunstigde enigerlei 'zakelijk' recht op het trustvermogen kunnen uitoefenen:

'The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriatio, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.'³⁷⁾

Omdat invoering van de trust in Nederland op dit ogenblik nog niet opportuun werd geacht,³⁸⁾ ontbreekt een dergelijke wettelijke vormgeving van de 'Haagse trust', behoudens de regels van het Verdrag en de WCT. Bij gebrek aan een verdere wettelijke vormgeving zou men – in navolging van de in Québec gekozen opzet – de positie kunnen innemen dat een 'Haagse trust' in ons Nederlandse recht als een rechtsverhouding 'sui generis' moet worden bestempeld; het ontbreken van equivalenten aan de 'legal' en 'beneficial interests' in ons recht lijkt daar alle aanleiding toe te geven. Afgezien van het feit echter dat de aanduiding 'sui generis' zonder systematische uitwerking mij als jurist niet veel verder brengt, zal toch onderzocht moeten worden welke gevolgen de aanvaarding van het Verdrag voor Nederland zal hebben op het terrein van het goederenrecht. Naast het feit van het afgescheiden vermogen met externe werking vertoont de trust nog andere kenmerken die voor ons Nederlandse recht, in het bijzonder het goederenrecht, niet altijd even gemakkelijk in te passen zijn,³⁹⁾ zoals uit dit preadvies moge blijken. Bij wijze van denkexerctie wil ik hiertoe beginnen met een vergelijking van de 'Haagse trust' met enkele bestaande rechtsfiguren.⁴⁰⁾ Zou het wellicht mogelijk zijn de 'Haagse trust' terzake van de daaraan toe te kennen rechtsgevolgen in meer of mindere mate te beschouwen als (i) voorwaardelijk eigendomsrecht, (ii) beperkt recht dan wel (iii) rechtspersoon?

³⁷⁾ De - eveneens authentieke - Franse tekst beschrijft deze positie aldus: 'Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.'

³⁸⁾ Zie MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 2-4, 7.

³⁹⁾ Dit nog afgezien van het feit dat 'de' trust niet bestaat; ieder rechtssysteem kent heeft daaraan weer zijn eigen invulling aan gegeven, vaak in verschillende varianten.

⁴⁰⁾ Dit is een andere vergelijking dan die in de MvT WCT (23027, nr. 3, blz. 5-6) wordt getrokken met betrekking tot verschillende trustachtige rechtsfiguren waarmee men in Nederland min of meer dezelfde maatschappelijke of economische gevolgen tracht te bewerkstelligen als die welke in common law landen met de trust worden nagestreefd, zonder over een rechtsfiguur als de trust te beschikken. De onderhavige vergelijking richt zich op de juridische inpassing in ons Nederlandse stelsel van een erkende trust, waarbij ik volmondig erken dat geen van deze rechtsfiguren de gevolgen van een 'Haagse trust' volledig zal kunnen verklaren.

5.1 De 'Haagse trust' als voorwaardelijk eigendomsrecht

Hoewel ons recht een onderscheid tussen een 'legal' en een 'beneficial interest' in hetzelfde goed als zodanig niet kent, wordt wel een andere 'verdeling' van het eigendomsrecht verdedigd wanneer (eigendoms) overdracht niet op het ogenblik van de levering zou moeten plaatsvinden. Die overdracht zou dan op een later tijdstip beoogd zijn, afhankelijk van een zekere dan wel onzekere gebeurtenis. In het eerste geval speelt een opschortende termijn een rol, in het tweede een opschortende voorwaarde. Aangezien deze opschorting (mede) de rechtsgrond voor de overdracht raakt, moet zij besloten liggen in het titelvereiste voor een geldige overdracht.

Waar Meijers overwegende bezwaren had tegen 'tijdelijke' eigendom, heeft hij voor het geval de opschorting afhankelijk was van een *zekere* gebeurtenis een alternatieve constructie voorgesteld: directe overdracht met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik voor de periode tot het intreden van die gebeurtenis voor de vervreemder (art. 3:85 lid 2 BW). Omdat het bij een opschorting tot het intreden van een *onzekere* gebeurtenis per definitie niet vast staat dat de overdracht voltooid zal worden, biedt de bij de opschortende termijn gekozen oplossing geen soelaas. Daarom wordt in dat geval op grond van de levering een recht verkregen dat van diezelfde voorwaarde afhankelijk is (art. 3:84 lid 4 BW). Deze bepaling vormt bijvoorbeeld de juridische grondslag voor het uitstel van de eigendomsoverdracht bij het eigendomsvoorbehoud van art. 3:92 BW.⁴¹⁾ In het spraakgebruik leidt dit vaak tot de vaststelling dat koper en verkoper beide 'voorwaardelijk eigenaar' zijn: de verkoper onder ontbindende voorwaarde en de koper onder opschortende voorwaarde.⁴²⁾ Hierbij ziet men ook wel het van onze oosterburen bekende begrip 'Anwartschaftsrecht' van de koper.⁴³⁾ Omdat dit taalgebruik m.i. vooral verbloemend is heb ik mij daar in die zin tegen verzet dat het wat betreft de eigendomsvraag op zichzelf nog niets betekent wanneer men als koper stelt 'voorwaardelijk eigenaar' te zijn. Zolang wij in ons recht het uitgangspunt hantieren dat eigendom (behoudens het geval van gemeenschap) slechts aan

⁴¹⁾ Zie R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud (diss. 1985), blz. 29 e.v.; S.C.J.J. Kortmann, Eigendom onder voorwaarde, *Quod licet* (Deventer 1992), blz. 199 e.v., 208. Anders Asser-Mijnssen-van Velten, *Zakenrecht 3 III* (Zekerheidsrechten), nr. 419 waarin het uitstel van de eigendomsovergang wordt gebaseerd op een voorwaardelijke levering. Waar de voor deze levering vereiste machtsverschaffing (vgl. art. 3:91 BW) goeddeels een feitelijke gedraging betreft, valt moeilijk in te zien hoe dat voorwaardelijk kan geschieden: een feitelijke gedraging gebeurt of gebeurt niet, maar kan niet voorwaardelijk geschieden.

⁴²⁾ Zie bijvoorbeeld W.M. Kleijn, *De trust in Nederland*, CJHB (Brunner-Bundel), (Deventer 1994), blz. 214.

⁴³⁾ Zie R. Zwitsers, *De betekenis van 'Anwartschaftsrecht' voor de rangorde van zakelijke rechten*, WPNR 6099.

één (rechts)persoon kan toebehoren betekent dit dat de koper, als 'eigenaar onder opschortende voorwaarde', in feite nog geheel geen eigenaar is. Ten aanzien van het eigendomsrecht heeft men immers nog niets. De verwachting dat men in de toekomst – wellicht – eigenaar zal worden doet die eigendom op dit ogenblik nog niet verschuiven. Hooguit kan men aan die verwachting een grotere (vermogens)waarde toekennen al naar gelang de onzekerheid van het intreden van die gebeurtenis afneemt. Als zodanig kan genoemde verwachting als een zelfstandig vermogensrecht worden gekwalificeerd, aangezien die er toe strekt de koper op de een of andere wijze een stoffelijk voordeel te verschaffen (vgl. art. 3:6 BW).⁴⁴⁾ Het betekent echter nog niet dat (het eigendomsrecht op) de betreffende zaak tot het vermogen van de koper is gaan behoren; deze zaak is ook (nog) niet vatbaar voor uitwinning door de crediteuren van de koper.

Wanneer men met inachtneming van het zojuist gestelde het begrip 'voorwaardelijke eigendom' wil hanteren ter aanduiding van die verwachting is er m.i. geen bezwaar tegen een vergelijkbare redenering los te laten op de posities van begunstigde en trustee: de eerste is dan 'eigenaar onder opschortende voorwaarde', de laatste 'eigenaar onder ontbindende voorwaarde'. Als voorwaarde geldt dan het intreden van de onzekere gebeurtenis dat de begunstigde bij het einde van de trust aanspraak heeft op een bepaald trustbestanddeel. Weliswaar is het meestal niet onzeker dat de trust ooit zal eindigen en dat de begunstigde dan aanspraak kan maken op de trustactiva, maar het is m.i. wel onzeker of een bepaald trustgoed op dat ogenblik nog tot het trustvermogen behoort. Ten aanzien van een dergelijk trustbestanddeel is 'voorwaardelijke eigendom' zeer wel verdedigbaar.⁴⁵⁾

Het gevolg van deze zienswijze is dat de trustee gedurende de looptijd van de trust als rechthebbende op de trustactiva moet worden betiteld, zij het dat zijn recht is onderworpen aan genoemde voorwaarde van het eindigen van de trust. In diezelfde periode is de begunstigde nog geen rechthebbende op die activa, maar die positie verkrijgt hij van rechtswege door de vervulling van de voorwaarde ingevolge art. 3:84 lid 4 BW.

Hoewel er in deze constructie juridisch geen sprake is van een afgescheiden vermogen bij de trustee, is dat de facto wel het geval. Immers, wanneer schuldeisers van de trustee tot uitwinning van trustgoederen zouden overgaan, doen zij dat in beginsel met inbegrip van de voor-

⁴⁴⁾ Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid de economische waarde die die verwachting op een bepaald ogenblik vertegenwoordigt als onderpand voor financiering te laten fungeren.

⁴⁵⁾ Wanneer de trust zodanig is opgezet dat het zeker is dat de begunstigde na verloop van tijd rechthebbende op (bepaalde) trustactiva wordt, kan uiteraard niet meer van een voorwaarde worden gesproken. In dat geval zal de hier bedoelde constructie slechts langs de weg van art. 3:85 lid 2 BW kunnen plaatsvinden.

waarde die aan het recht op die goederen kleeft. Met andere woorden, ook kopers van dergelijke activa verkrijgen daarop slechts een recht dat van diezelfde voorwaarde afhankelijk is, dat wil zeggen een recht dat bij het intreden der voorwaarde van rechtswege door de begunstigde wordt verkregen. Slechts via de regels der derdenbescherming zullen dergelijke kopers die overgang kunnen voorkomen. De te 'repareren' beschikkingsonbevoegdheid ziet dan op de verkrijging van het eigendomsrecht *zonder* voorwaarde. Wellicht dat dit bij roerende zaken, niet-registergoederen tot de reële mogelijkheden behoort, maar bij andere categorieën goederen ligt dit anders. Zeer duidelijk blijkt dit bij verkrijging van registergoederen door de trustee in het kader van een trust. Aannemende dat de bijzondere hoedanigheid van de trustee in het register is vermeld (vgl. art. 12 Verdrag; art. 3 WCT), kan dit worden beschouwd als een ingeschreven voorwaardelijke rechtshandeling, als bedoeld in art. 3:17 lid 1 sub c BW. Latere verkrijgers van het registergoed dienen er derhalve op bedacht te zijn dat bij het vervullen der voorwaarde (d.w.z. het einde der trust) hun recht komt te vervallen. Het voorgaande lijkt overigens mee te brengen dat de bijzondere bepaling van art. 4 WCT terzake van het afgescheiden vermogen in de hier gegeven zienswijze als een bepaling ten overvloede heeft te gelden. Kwaad kan zij evenwel niet.

Het zojuist gestelde geldt niet alleen ten opzichte van de crediteuren van de trustee, maar ook ten opzichte van derden aan wie de trustee wellicht bepaalde trustbestanddelen onbevoegd heeft vervreemd. Nu het recht op die bestanddelen een soort 'poison pill' bevat in de vorm van die voorwaarde, worden ook die derden slechts langs de weg van de derdenbescherming van art. 3:86-88 BW tegen de aanspraken van de begunstigde na afloop van de trust behoed. Het feit dat art. 15 lid 1 sub f Verdrag in art. 4 WCT niet als 'superdwingend' wordt beschouwd, zoals hieronder nog zal blijken,⁴⁶⁾ doet aan het voorgaande niets af.

Kortom, het gebruik van de 'voorwaardelijke eigendom' op de wijze zoals hierboven beschreven lijkt voldoende aanknopingspunten te bieden om een 'Haagse trust' in ons geldende goederenrechtelijke systeem onder te brengen.⁴⁷⁾ Een bezwaar tegen deze zienswijze is dat hierin

⁴⁶⁾ Zie hoofdstuk 10.

⁴⁷⁾ Men kan zich overigens afvragen of Nederland via art. 3:84 lid 4 BW niet al een belangrijke stap heeft gezet in de richting van een verdeling van 'legal' en 'beneficial interests' over verschillende (rechts)personen. Verdedigbaar is de stelling dat ook op dit terrein het absolute karakter van ons eigendomsrecht lijkt te verdwijnen; vgl. R. Zwitter, t.a.p., WPNR 6099. Het andere terrein betreft de inhoud van het eigendomsrecht als het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben, aldus art. 5:1 BW. Vgl. dienaangaande de uitvoerige parlementaire geschiedenis, Parl. Gesch. Boek 5, blz. 17-33, 1003-1005.

miskend zou worden dat de trust niet zozeer kan worden gelijk gesteld met de rechtsverhouding tussen een (rechts)persoon en een goed, maar veeleer met een rechtsverhouding tussen categorieën (rechts)personen waarbinnen zich goederenrechtelijke verwickelingen afspelen. Daarom wordt ook wel gesproken over een 'trustfund', waarbij het nauwelijks relevant is welke goederen zich daarbinnen bevinden. Dientengevolge bestrijkt de trust een veel ruimer gebied dan alleen dat van de voorwaardelijke 'eigendom' van een of meer *bepaalde* goederen.

5.2 De 'Haagse trust' als beperkt recht

Een andere benaderingswijze kan zijn om de 'Haagse trust' in ons goederenrechtelijk systeem in te bedden door de rechtsposities van de trustee en begunstigde te beschouwen vanuit de gedachte dat een dergelijke trust het goed belast met een beperkt recht.⁴⁸⁾ Dit is blijkens art. 3:8 BW een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht dat met dit beperkte recht is bezwaard. In verband met ons gesloten stelsel van goederenrecht kunnen dergelijke beperkte rechten alleen op grond van de wet in het leven geroepen worden. Art. 3:81 lid 1 BW verschaft aan de rechthebbende op een zelfstandig en overdraagbaar recht, zoals bijvoorbeeld eigendom, het recht om binnen de grenzen van dat recht een 'in de wet genoemd' beperkt recht te vestigen. Zou men nu kunnen betogen dat een 'Haagse trust' als beperkt recht mag worden gezien?

De eerste vraag die rijst is of het mogelijk is om in ons recht een 'nieuw' beperkt recht, genaamd 'Haagse trust', te creëren in het licht van ons gesloten stelsel van beperkte rechten. Terzake van de beperkte rechten hanteert ons recht in wezen nog steeds het oude Romeinsrechtelijke systeem met enerzijds de eigendom als allesomvattend recht en anderzijds de 'iura in re aliena' als daarvan afgeleide rechten. Dienaangaande wordt doorgaans een gesloten stelsel verdedigd, in die zin dat het partijen niet vrij staat om andere dan de in de wet genoemde beperkte rechten te creëren (vgl. art. 3:81 lid 1 BW). Aldus uitgelegd hoeft het gesloten stelsel geen belemmering te zijn om bij wet (of Verdrag) nieuwe beperkte rechten te creëren, zolang althans aan de algemene grondslagen daarvan wordt vastgehouden. Wat zou er nu op tegen zijn een 'Haagse trust' als een beperkt recht te beschouwen?

Naar mijn mening hoeft een beperkt recht niet in de wet als zodanig, d.w.z. als 'beperkt recht', te worden aangeduid om die status te verwerven. Van de algemeen erkende beperkte rechten in de Boeken 3 en 5 BW is dit alleen bij pand en hypotheek gebeurd (vgl. art. 3:227 BW).

⁴⁸⁾ Zie hierover ook C.Æ. Uniken Venema, t.a.p., WPNR 5728, nr. 25.

Waar art. 3:81 lid 1 BW spreekt van 'in de wet genoemde beperkte rechten' lijkt mij derhalve voldoende dat de wet aan bepaalde rechten een reikwijdte verleent die dat recht de status van een beperkt recht kunnen geven. Ten aanzien van de 'Haagse trust' acht ik dit niet onmogelijk. Het Verdrag kan daartoe met kracht van wet de grondslag bieden.

Een andere vraag is hoe het beperkte recht, genaamd 'Haagse trust', ontstaat, mede gegeven het feit dat het bestaan van de trust op zichzelf naar het op die trust toepasselijke recht zal moeten worden beoordeeld. Voor de beantwoording moet worden uitgegaan van de situatie dat de insteller de trustactiva overdraagt aan de trustee onder gelijktijdige vestiging van het beperkte recht ten behoeve van de begunstigde(n). Deze laatste(n) moet(en) wel voldoende bepaald, d.w.z. bepaalbaar zijn. Een eigenaardigheid hierbij is dat de vestiging van het beperkte recht (evenals de creatie van de trust als rechtsfiguur naar buitenlands recht) een eenzijdige handeling betreft: aanvaarding door de beperkt gerechtigde (i.c. de begunstigde) zou niet nodig zijn. De inhoud van dit beperkte recht wordt gevormd door de inhoud van de trust naar het daarop toepasselijke recht.⁴⁹⁾

Een derde kwestie betreft de bescherming van de aanspraak van de begunstigde tegen inbreuken op de trustactiva. Voor de begunstigde is van belang dat de trustgoederen niet voordien uit het vermogen van de trustee zijn verdwenen, hetzij doordat diens privé-crediteuren daarop verhaal hebben uitgeoefend, hetzij doordat de trustee zelf die goederen in strijd met de trust aan derden heeft overgedragen.

Net zo min als bij de 'voorwaardelijke eigendom' is er in deze zienswijze formeel sprake van een afgescheiden vermogen bij de trustee. Als rechthebbende op de trustgoederen zal hij – alsmede de begunstigde – moeten dulden dat zijn schuldeisers daarop verhaal uitoefenen; bij faillissement van de trustee vallen die goederen in diens boedel. Aangezien een beperkt recht echter zaaksgevolg heeft, zal een uitwinning ten behoeve van de privé-crediteuren van de trustee slechts kunnen gebeuren met instandhouding van het beperkte recht. Alleen wanneer derden op de voet van art. 3:86 BW beschermd worden, zullen zij ingevolge het tweede lid van deze bepaling geen last hebben van het beperkte recht van de begunstigde. In de andere gevallen heeft de begunstigde recht op handhaving van het beperkte recht ten opzichte van die derde. In feite verschilt dit niet van de hierboven uiteengezette situatie bij de 'voorwaardelijke eigendom'.

Ten aanzien van derdenverkrijgers van een onbevoegd vervreemdende

⁴⁹⁾ Een dergelijke 'open' inhoud van het beperkte recht hoeft geen bezwaar te zijn. Men vergelijkte dit met de mogelijkheden tot inkleuring van de erfdienstbaarheden; ook hierbij is aan partijen een grote mate van vrijheid gelaten.

trustee geldt in wezen hetzelfde; ook zij zullen zich slechts op grond van derdenbeschermingsbepalingen tegen aanspraken van de begunstigde als beperkt gerechtigde kunnen verzetten.

De aanspraak van de begunstigde hoeft niet noodzakelijkerwijze te leiden tot diens automatische verkrijging van het goed na afloop van de trust. Voldoende is dat hem de mogelijkheid openstaat die goederen dan te verwerven, bijvoorbeeld door overdracht door de trustee aan de begunstigde. In de gedachtengang dat de trust een beperkt recht voor de begunstigde doet ontstaan ten laste van de trustee zal dit laatste zich voordoen; er is geen automatische overgang. De trustee zal op grond van dat beperkte recht verplicht zijn tot een overdracht van die goederen aan de begunstigde. Aannemende dat de trustverhouding als titel fungeert en de noodzakelijke leveringsformaliteiten worden verricht kan alleen beschikkingsonbevoegdheid van de trustee nog roet in het eten gooien, bijvoorbeeld wanneer hij failliet is verklaard. Op basis van de terzijdestelling van onze regels voor eigendomsoverdracht in art. 4 WCT voor zover strijdig met de gevolgen ener erkenning op grond van art. 11 Verdrag zou men kunnen verdedigen dat de eis van beschikkingsbevoegdheid van de trustee voor de uiteindelijke overdracht aan de begunstigde niet gesteld mag worden. Als men deze zienswijze zou willen volgen, kan men zich afvragen of een beperkt recht als inhoud mag hebben dat het de rechthebbende er toe verplicht na verloop van tijd zijn recht aan de beperkt gerechtigde over te dragen, waarna het beperkte recht door vermenging (art. 3:81 lid 2 sub e BW) teniet gaat. Hoewel dit op een vergaande strekking van het beperkte recht duidt, acht ik deze consequentie niet prohibitief voor deze zienswijze. Geldt bij pand en hypotheek immers niet min of meer hetzelfde⁵⁰⁾?

Resumerend kan worden gesteld dat met enige creativiteit de beschouwingwijze van een 'Haagse trust' als beperkt recht niet in strijd lijkt te zijn met ons goederenrechtelijk systeem in combinatie met art. 4 WCT en de relevante regels van het Verdrag. Ik sluit echter niet uit dat zich bij een nauwgezette uitwerking in de praktijk problemen kunnen voordoen die deze constructie tot een minder geschikte zouden kunnen maken, omdat het beperkte recht 'trust' genaamd geen vertrouwd onderdeel van ons goederenrechtelijk stelsel van beperkte rechten vormt. Zolang dergelijke onmogelijkheden zich niet hebben voorgedaan zou ik deze wijze van inpassing niet zonder meer terzijde willen stellen. Het voorgaande betekent naar mijn mening dat ook gebruikmaking

⁵⁰⁾ Bij pand wellicht nog meer dan bij hypotheek wanneer men denkt aan het geval dat de pandhouder met goedkeuring door de president het verpande goed als koper mag behouden (art. 3:251 lid 1 BW). Het verbod van toeëigening (art. 3:235 BW) leidt niet tot een andere opvatting.

van de constructie van een beperkt recht niet aan de hoofddoelen van het Verdrag in de weg hoeft te staan. Ook zo kan een op grond van het Verdrag erkende trust op systematisch juiste wijze in ons goederenrechtelijk systeem worden ingepast. Niettemin moet hier dezelfde kanttekening worden gemaakt dat deze zienswijze te beperkt zou kunnen zijn om de gehele trustfiguur te bevatten. Deze onderbelichting van het 'trustfund' als een afgescheiden vermogen met wisselende inhoud⁵¹⁾ geldt echter niet de volgende beschouwingswijze.

5.3 De 'Haagse trust' als rechtspersoon

In deze derde benaderingswijze tenslotte zou de 'Haagse trust' als rechtspersoon worden beschouwd.⁵²⁾ Dit is een zienswijze die door vennootschapsjuristen wellicht met enig afgrijzen zou worden ontvangen. Immers, ons recht kent een gesloten stelsel van rechtspersonen (art. 2:3 BW), terwijl een trust in het land van herkomst doorgaans niet als rechtspersoon wordt beschouwd, zodat ook langs de weg van de incorporatieleer niet tot rechtspersoonlijkheid kan worden geconcludeerd. Wil men dus tot een dergelijke zienswijze komen, dan dient de wetgever aan 'Haagse trusts' rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Anders dan bij hetgeen hiervoor terzake van de beperkte rechten is opgemerkt, lijkt het mij dat die toekenning van rechtspersoonlijkheid wel met zoveel woorden zou moeten geschieden en dat is tot op heden niet gebeurd. De vraag is of dit alsnog in de wet zou moeten.

Het voordeel van een dergelijke zienswijze is dat het wezenskenmerk van het afgescheiden vermogen op heldere wijze in ons recht is geconcretiseerd, terwijl ook het vervolgen van onbevoegd vervreemde goederen, voor zover derden niet beschermd worden, eenvoudig vanuit het bestaande systeem kan worden verklaard, althans in theorie. De zienswijze van de 'Haagse trust' als rechtspersoon sluit ook goed aan bij de reeds bestaande mogelijkheid waarbij het afgescheiden vermogen gewaarborgd wordt door de creatie van een afzonderlijke rechtspersoon (veelal stichting) zonder andere activiteiten. Het bezwaar dat gebruikmaking van de rechtspersoonlijkheidsgedachte het beheerskarakter van de trust zou miskennen,⁵³⁾ acht ik onder verwijzing naar het bestaan van dergelijke stichtingen – waarvan sommige uitsluitend een beheerstaak hebben – van geringe betekenis.

Van groter belang acht ik het nadeel aan de hier bedoelde zienswijze,

⁵¹⁾ Zie omtrent de Engelse benadering F.H. Lawson, B. Rudden, *The Law of Property*, 2nd edition (Oxford 1982), blz. 38-39, 59 e.v. en R.M. Goode, *Commercial Law* (1982), blz. 80-81.

⁵²⁾ Vgl. Rapport nr. 30.

⁵³⁾ Zie bijvoorbeeld C.Æ. Uniken Venema, *Law en Equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht* (1990), nr. 32.

dat aldus een 'open' rechtspersoon moet worden geconstrueerd, waarvan de inrichting en bevoegdheden wisselen al naar gelang het toepasselijke – interne – trustrecht. Vooral de vaststelling van de rechten en verplichtingen van het – enige – orgaan, de trustee, kan tot aardige en minder aardige hoofdbrekens aanleiding geven. In vergelijking tot onze bestaande rechtspersonen leidt een dergelijke onduidelijke invulling van taken tot het aanmerken van de 'Haagse trust' als buitenbeentje. Het is evenwel de vraag of dit aspect prohibitief voor de hier gestelde zienswijze zou zijn.

Een ander nadeel is dat door deze zienswijze wellicht een belangrijk deel van de bepalingen van Boek 2 BW op de 'Haagse trust' zouden moeten worden losgelaten. Dit lijkt mij niet altijd wenselijk. Natuurlijk zou men een groot deel hiervan buiten toepassing kunnen verklaren, maar dan rijst weer de vraag naar het nut van een aanduiding van de 'Haagse trust' als rechtspersoon. Omdat dit vooral gericht is op de verklaring van het afgescheiden vermogen bij de 'Haagse trust' meen ik dat een dergelijke zienswijze meer vragen oproept dan zij oplost. Temeer daar het fenomeen afgescheiden vermogen in Nederland ook los van rechtspersoonlijkheid voorkomt.

5.4 Conclusie

Op grond van het voorgaande kan worden opgemerkt dat de aanduiding van de 'Haagse trust' als rechtsfiguur 'sui generis' wellicht het meest juist is, maar tevens het minst zegt. Wanneer wij de materiële gevolgen van een erkenning van een buitenlandse trust op grond van het Verdrag in ons Nederlandse (goederen)recht willen inpassen heb ik enkele mogelijke rechtsfiguren de revue laten passeren, waaraan de 'Haagse trust' kan worden gespiegeld. Het zal niet verbazen dat geen van deze zienswijzen een volledige inpassing kan verzorgen; daarvoor is de trust te 'apart'. Toch zou gebruikmaking van voorwaardelijke rechten zoals uiteengezet in 5.1, een aardig systematisch hulpmiddel kunnen zijn om de 'Haagse trust' in ons recht in te passen. Waar nodig zal ik de 'Haagse trust' in het navolgende Bijzonder Deel van dit preadvies aan bovenstaande rechtsfiguren toetsen. Wel dient men ook dan de 'eigen aard' van dergelijke trusts in het oog te houden.

Na de beschouwingen van meer algemene aard kom ik thans toe aan een bespreking van de rechtsposities van de verschillende betrokkenen ten opzichte van elkaar in het geval van een 'Haagse trust'. Achtereenvolgens komen aan de orde de onderlinge posities van trustee en insteller en de onderlinge posities van trustee en begunstigde. Bij deze laatste categorie komen tevens de posities van derden aan de orde voor zover enige relatie met de trustbestanddelen bestaat.

Wanneer wij de verhouding insteller-trustee aan een nader onderzoek willen onderwerpen moet worden onderscheiden tussen twee situaties: de verwerving van trustgoederen door de trustee bij de instelling van de trust enerzijds (hoofdstuk 6 en 7) en de latere verwerving door de trustee van voor de trust bestemde activa anderzijds (hoofdstuk 8). Ook de gevolgen van vervanging en opvolging van een trustee zullen aan een korte beschouwing worden onderworpen (hoofdstuk 9). Bij de behandeling van de positie van trustee ten opzichte van begunstigde valt eveneens een splitsing aan te brengen. Aan de ene kant de rechtsverhouding gedurende de looptijd van de trust (hoofdstuk 10 en 11); aan de andere kant die op het tijdstip waarop de trust eindigt (hoofdstuk 12).

6. De rechtspositie van de trustee en de insteller ten opzichte van elkaar in het kader van de trustcreatie

In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde naar de goederenrechtelijke aspecten van de totstandkoming van een 'Haagse trust' waarbij activa betrokken zijn die aan de werking van het Nederlandse goederenrecht zijn onderworpen. Omdat de totstandkoming van een 'Haagse trust' zelf niet door het Nederlandse recht wordt beheerst (vgl. art. 4 Verdrag), evenals de verdere trustrechtelijke aspecten die ingevolge art. 8 Verdrag onderworpen blijven aan het recht dat op die trust toepasselijk is, laat ik dat buiten het bestek van dit preadvies. Ik ga uit van een rechtsgeldig gecreëerde trust.

Wanneer een trust wordt gecreëerd waarbij Nederlandse activa betrokken zijn, zal het duidelijk zijn dat daarbij ook goederenrechtelijke aspecten een rol spelen die niet door het daarop toepasselijke recht worden beheerst, maar door Nederlands recht.⁵⁴⁾ Mij hiertoe beperkend zal ik mij in het navolgende allereerst richten op de vragen verband houdende met de verkrijging van trustgoederen door de trustee.

⁵⁴⁾ Zie hetgeen in hoofdstuk 4 als uitgangspunt is gekozen.

6.1 Verkrijging van trustgoederen door de trustee

Bij een beschouwing naar de verwerving van de trustgoederen door de trustee moet onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende wijzen waarop een trust in het leven geroepen kan worden. Grofweg kunnen drie vormen worden gehanteerd. In de eerste plaats de zogenaamde 'declaration of trust' door een insteller die zichzelf als trustee aanwijst. In de tweede plaats de 'transfer of property' door een insteller aan een trustee.⁵⁵⁾ Tenslotte kan ook nog bij overlijden van de insteller een trust worden gecreëerd (vgl. art. 2 lid 1 Verdrag). Deze laatste vorm van trustcreatie laat ik verder buiten beschouwing.⁵⁶⁾

6.2 Declaration of trust

Wanneer ik begin met de trust die gecreëerd wordt door een zogenaamde 'declaration of trust' blijkt de relatie insteller-trustee weinig problemen op te leveren. Wij praten immers over dezelfde persoon, zij het met twee petten op. Overdracht van de trustgoederen is niet vereist. Voor de totstandkoming van de trust is slechts nodig dat er een duidelijke wilsuiting door de insteller heeft plaatsgevonden. Deze wilsuiting moet er op gericht zijn dat de insteller de bepaalde trustactiva als trustee gaat beheren. Uitgaande van de omstandigheid dat de insteller rechthebbende op de trustactiva is, zal hij deze na die wilsuiting voortaan als trustee ten behoeve van de begunstigde gaan houden. Overdrachtsprikelen spelen hierbij geen rol.

De enige kwestie die wellicht interessant is betreft de vraag hoe het afgescheiden vermogen van de insteller/trustee wat betreft aan het Nederlandse recht onderworpen activa tot stand komt⁵⁷⁾: gebeurt dit van rechtswege door de 'declaration of trust'? Of moet daarvan door de insteller waar mogelijk publiciteit aan worden verbonden? Bijvoorbeeld vermelding van de hoedanigheid als trustee in de registers, melding van die hoedanigheid aan debiteuren, etc. Naar mijn idee zijn deze laatste handelingen niet nodig voor de creatie van een afgescheiden vermogen. Verdrag en WCT bieden de trustee immers *de bevoegdheid* – en niet de *verplichting* – om van die hoedanigheid melding te maken. En omdat de trust naar het daarop toepasselijke recht (vgl. art.

⁵⁵⁾ Zie bijvoorbeeld Hayton and Marshall, *Cases and Commentary on the law of trusts*, 9th edition (London 1991), blz. 217 e.v. en Hanbury & Martin, *Modern Equity*, 14th edition (London 1993), blz. 113 e.v.

⁵⁶⁾ Zie daaromtrent bijvoorbeeld I.S. Joppe, Iets over het erfrechtverdrag en het trustverdrag, *Quod licet* (Deventer 1992), blz. 179 e.v. en F.A.A. Duynstee, Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?, *WPNR* 6092.

⁵⁷⁾ De vraag of een afgescheiden vermogen tot stand kan worden gebracht is m.i. geen vraag meer in het licht van art. 2 en 11 Verdrag, alsmede art. 4 WCT.

4 Verdrag) als zodanig reeds bestaat door de enkele 'declaration',⁵⁸⁾ ontstaat m.i. op dat ogenblik het afgescheiden vermogen. Art. 2 lid 2 sub a en art. 11 lid 3 sub a-c Verdrag verbinden het gevolg der afgescheidenheid immers aan het bestaan van de trust, niet aan het bestaan van een als zodanig kenbaar gemaakte rechtsverhouding.

Wel kan de 'declaration of trust' onder omstandigheden aantastbaar zijn wegens de daardoor veroorzaakte benadeling van crediteuren van de insteller. Door die 'declaration' raken zij immers verhaalsobjecten kwijt. De vraag welke rechtsfiguur (de Nederlandse Pauliana of een buitenlandse equivalent) hiertoe moet worden gebruikt laat ik hier verder buiten beschouwing.

6.3 Transfer of property

Veel meer vragen doemen op bij de andere wijze van trustcreatie die in dit preadvies wordt behandeld, te weten die waarbij de insteller bepaalde activa aan de trustee in trust overdraagt. Bij deze wijze van ontstaan van de trust is een van de eerste vragen die rijst, hoe de trustee het trustvermogen verwerft. Aannemende dat Nederlands recht op de overdracht van toepassing is (bijvoorbeeld ingevolge de *lex rei sitae* door aanwezigheid van die activa in Nederland), moet voor een geldige verkrijging door de trustee worden voldaan aan de eisen die art. 3:80 e.v. BW daarvoor stelt. Hoewel het theoretisch niet onmogelijk zou zijn om de verkrijging van trustactiva door een daarvoor in de wet – d.w.z. in dit geval de regel neergelegd in art. 2 lid 2 Verdrag – aangewezen wijze van rechtsverkrijging als een bijzondere vorm van verkrijging onder bijzondere titel te presenteren (art. 3:80 lid 3 BW), ligt aansluiting bij verkrijging door overdracht het meest voor de hand. De uitwerking hiervan treft men in art. 3:83 e.v. BW.

Art. 3:84 BW bevat de algemene eisen voor overdracht: levering krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde.⁵⁹⁾ Het antwoord op de vraag hoe de trustee het trustvermogen verwerft verschilt al naar gelang de aard van het trustobject in verband met het verschil in leveringsformaliteit. Bij wijze van voorbeeld onderscheid ik tussen een schilderij, toonderobligaties (gedeponeerd in een kluis van een bank), vorderingen van de insteller op een derde, het saldo van een onoverdraagbare bankrekening, een huis, aandelen in een B.V., het auteursrecht op een letterkundig werk en het octrooierecht.

⁵⁸⁾ Zie Hayton and Marshall, t.a.p., blz. 223 e.v. en Hanbury & Martin, t.a.p., blz. 115, 121 e.v.

⁵⁹⁾ Ondanks de in hoofdstuk 2 voorgestelde wijziging van art. 4 WCT in verband met art. 3:84 lid 3 BW zie ik afgezien van de overige opmerkingen in dit hoofdstuk overigens geen reden om voor deze overdracht andere eisen te stellen. Ware dit anders, dan dient dat m.i. bij uitdrukkelijke wetsebepaling te gebeuren.

Ondanks deze veelheid van trustgoederen waarvoor verschillende leveringsformaliteiten vereist zijn, zijn de eisen van beschikkingsbevoegdheid en geldige titel gelijk voor de onderscheiden categorieën. Deze twee zal ik daarom als eerste bespreken.

6.3.1 Geldige titel

Beginnend met het titelvereiste, zou men geneigd kunnen zijn de trust als rechtsgrond voor de overdracht te laten fungeren; m.a.w. de insteller levert de trustbestanddelen 'ten titel van trust' aan de trustee. Als men op deze wijze het titelvereiste wil invullen, stuit men wel op een 'sequentieel' probleem: het rechtsgevolg – de trust – zou dan namelijk de rechtsgrond – de titel – moeten zijn om dat rechtsgevolg in het leven te kunnen roepen.⁶⁰⁾ Uitgangspunt voor een trust is immers de verkrijging van de trustactiva door de trustee. Daarzonder is een trust ondenkbaar.⁶¹⁾ Logisch moet die overdracht van de trustactiva derhalve aan de trust voorafgaan. Ingevolge art. 4 Verdrag valt deze kwestie echter buiten de reikwijdte van het Verdrag. Waar het Anglo-Amerikaanse recht op dit punt (dat van het titelvereiste voor een geldige overdracht) van het Nederlands recht afwijkt, heb ik er weinig moeite mee de levering van de trustactiva aan de trustee gebaseerd te laten zijn op de intentie van de insteller om *door* de levering een trust in het leven te roepen. Als titel zou dan kunnen gelden de 'inbreng ter fine van trustcreatie'. Hoewel blijkens het voorgaande niet geheel juist, zie ik echter geen bezwaar om kortweg te spreken over een overdracht 'ten titel van trust'. Onder verwijzing naar hetgeen in hoofdstuk 2 is betoogd kan op deze plaats worden volstaan met de opmerking dat art. 3:84 lid 3 BW in dit verband geen probleem zal opleveren als gevolg van art. 4 WCT, mits deze bepaling wordt uitgebreid tot de totstandkoming van een trust en niet beperkt blijft tot de rechtsgevolgen van een erkende trust.

Wanneer het titelvereiste op de zojuist beschreven wijze wordt ingevuld, blijft de titel afhankelijk van gebreken in de totstandkoming van die intentie. Denk hierbij aan handelingsonbekwaamheid van de insteller, paulianeus handelen, en de nietigheden. Ingevolge art. 4 Verdrag valt de vraag naar de geldigheid van handelingen op grond waarvan goederen aan de trustee worden overgedragen buiten de reikwijdte van het Verdrag. Betekent dit nu dat bijvoorbeeld een trust ter uitvoering van een legaat waarbij de Nederlandse legitieme portie wordt omzeild of waarbij faillissementscrediteuren op paulianeuze wijze benadeeld

⁶⁰⁾ Vgl. ook bijvoorbeeld C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind*, diss. Groningen (Zwolle 1954), blz. 143-155, blz. 154-55 in het bijzonder.

⁶¹⁾ Zie bijvoorbeeld Rapport, nrs. 39, 43, 52 e.v. en 54.

blijken te zijn, nietig dan wel vernietigbaar is op grond van art. 3:40 lid 2 BW resp. art. 42 e.v. Fw en dientengevolge geen titel oplevert voor de overdracht van de trustactiva aan de trustee? Of wordt een dergelijke misstand exclusief gerepareerd via art. 15 lid 1 sub c resp. e Verdrag? Dit laatste veronderstelt echter de aanwezigheid van een trust, iets dat ten aanzien van de in Nederland aanwezige activa nu net de vraag is. Wegens het titelgebrek heeft de trustee geen rechten ten aanzien van de trustactiva verworven, zodat m.i. dienaangaande geen trust bestaat. Dit lijkt ook voort te vloeien uit genoemd art. 4 Verdrag.

6.3.2 Beschikkingsbevoegdheid en de regeling van art. 3:86-88 BW

Het vereiste dat de insteller beschikkingsbevoegd moet zijn om de trustee rechthebbende op de goederen te laten worden spreekt voor zich. Als daaraan niet is voldaan, kan de trustee in beginsel geen rechten verwerven. De vraag of er dan überhaupt een trust is ontstaan, is blijkens art. 4 Verdrag afhankelijk van het recht dat op de totstandkoming van de trust van toepassing is.

Gesteld echter dat de trust wel bestaat (bijvoorbeeld ten aanzien van andere trustactiva) en de insteller aan de trust bepaalde activa wil toevoegen, maar dienaangaande beschikkingsonbevoegd is. In hoeverre is dan 'reparatie' mogelijk wanneer wel aan de vereisten van de geldige titel en de levering is voldaan? Is dan bijvoorbeeld de regeling van art. 3:86-88 BW van toepassing? Wanneer men uitgaat van de aan het Verdrag ten grondslag liggende gedachte dat overdracht van trustactiva essentieel is voor de trust en als zodanig ingevolge art. 4 Verdrag buiten het bereik daarvan valt, zal die vraag op grond van de Nederlandse i.p.r.-regels moeten worden opgelost. Voor zover deze tot toepasselijkheid van art. 3:86-88 BW zouden leiden,⁶²⁾ moet een onderscheid worden gemaakt tussen roerende zaken, niet-registergoederen en toonderen orderpapieren enerzijds (art. 3:86 BW) en overige goederen anderzijds (art. 3:88 BW). Afhankelijk van het soort trustvermogen is de ene dan wel de andere regeling van toepassing.

Wanneer een beschikkingsonbevoegde insteller probeert om roerende trustzaken of bijvoorbeeld toonderobligaties aan de trustee over te dragen, biedt art. 3:86 BW de mogelijkheid om de trustee daarvan niettemin rechthebbende te maken, als de overdracht anders dan om

⁶²⁾ Ook als men zou uitgaan van toepasselijkheid van het Verdrag belandt men wellicht bij deze regels via artikel 15 Verdrag. Weliswaar heeft artikel 15 lid 1 sub f het oog op de goede trouw van derden (d.w.z. anderen dan de insteller, trustee en begunstigde) maar deze opsomming is niet limitatief.

niet geschiedt en de trustee ten tijde van de – feitelijke⁶³⁾ – verkrijging te goeder trouw was. Drie vragen rijzen in dit verband:

- a) Is de overdracht van trustactiva een overdracht anders dan om niet?
- b) Hoever reikt de eis van goede trouw van de trustee?
- c) In hoeverre moet bij deze vragen naar de begunstigde in plaats van de trustee worden gekeken?

De eerste vraag is in zijn algemeenheid niet eenvoudig te beantwoorden. Afhankelijk van het soort trust zal onderzocht moeten worden of er sprake is van een tegenprestatie. Dit laatste zal zich doorgaans voordoen in geval de trust een zekerheidskarakter heeft of in het kader van professioneel beheer geschiedt. In andere gevallen zal de tegenprestatie volledig ontbreken, zoals bij trustvormen in de sfeer van schenkingen en erfrecht. In deze gevallen zal om deze reden geen beroep op bescherming van art. 3:86 BW kunnen worden gedaan: de trustee verwerft geen activa.

Met betrekking tot de tweede vraag geldt dat art. 3:86 BW goede trouw bij de verkrijger verlangt ten tijde van levering.⁶⁴⁾ Wanneer wij naar de trustee kijken, rijst de vraag of de splitsing die als gevolg van de trust wordt aangebracht tussen diens privé- en diens trustvermogen ook heeft te gelden ten aanzien van het goede trouw vereiste. Zou, met andere woorden, alleen hoeven te worden gekeken naar de bekendheid en wetenschap van de trustee in diens hoedanigheid en niet naar diens overige bekendheid en wetenschap? Een dergelijke strikte scheiding lijkt moeilijk voorstelbaar bij een trustee/natuurlijk persoon, maar is op zichzelf niet ondenkbaar bij een trustee/rechtspersoon.⁶⁵⁾ Omdat de trust echter pas ontstaat door de overdracht is er voordien nog geen sprake van een trustee q.q., zodat van enige q.q. wetenschap evenmin gesproken kan worden. Bij latere verwerving van trustgoederen ligt dit anders. In het eerste geval zou dit betekenen dat de trustee bij de instelling van de trust – per definitie – te goeder trouw zou zijn. Dit lijkt mij een ongewenst resultaat en overigens ook niet verdedigbaar. Derhalve meen ik dat bij de beoordeling van de goede trouw van de trustee diens privéwetenschap moet worden betrokken.

Met betrekking tot de derde kwestie kan worden opgemerkt dat ik er bij de zojuist behandelde vragen van uitgegaan ben dat uitsluitend naar de trustee moet worden gekeken: diens tegenprestatie, diens we-

⁶³⁾ Zie artikel 3:90 lid 2 BW.

⁶⁴⁾ Zie echter artikel 3:90 lid 2 BW in welk geval de goede trouw van de verkrijger op een later tijdstip, dat wil zeggen wanneer de zaken uit handen van de vervreemder raken, nog steeds aanwezig moet zijn.

⁶⁵⁾ Denk aan het geval waarin een vertegenwoordigingsbevoegde van de rechtspersoon specifieke kennis heeft waardoor goede trouw niet zou mogen worden aangenomen, terwijl een andere – eveneens vertegenwoordigingsbevoegde van de rechtspersoon – die specifieke kennis niet heeft en betrokken was bij de verwerving van de trustactiva.

tenschap en niet die van de begunstigde. Omdat de trustee de trustactiva verwerft ten behoeve van de begunstigde is het mogelijk zinvol diens positie bij de vraag naar de toepasselijkheid van art. 3:86 BW te betrekken. Wat gebeurt er bijvoorbeeld als de begunstigde de trustactiva te zijner tijd slechts kan verkrijgen als hij daarvoor bepaalde verplichtingen op zich neemt. Geldt dit als een tegenprestatie om de bescherming van art. 3:86 BW in te kunnen roepen? Naar mijn mening speelt dit geen rol, althans niet zolang de trustactiva zich bij de trustee bevinden en daar worden opgevorderd door de rechthebbende. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de goede trouw. Goede of kwade trouw van de begunstigde wordt pas interessant als de trustactiva bij de begunstigde belanden en deze meent daarvan rechthebbende te zijn geworden.

Voor alle andere goederen zal de trustee zich op art. 3:88 BW moeten beroepen teneinde met succes beschermd te kunnen worden tegen beschikkingsonbevoegdheid van de insteller. Deze bepaling stelt weliswaar niet het vereiste van een tegenprestatie, maar wel een beperking aan het ontstaan van de beschikkingsonbevoegdheid van de insteller: deze mag niet het gevolg zijn van een eerdere beschikkingsonbevoegdheid in de keten. Als de trustee dan te goeder trouw is geweest ten tijde van de levering, wordt de trustee (q.q.) beschermd. Voor wat betreft deze eis van goede trouw verwijs ik naar hetgeen hierboven bij art. 3:86 BW is opgemerkt.

6.3.3 Leveringsformaliteiten

De te verrichten leveringsformaliteiten verschillen al naar gelang het trustobject. Hierboven maakte ik bij wijze van voorbeeld een onderscheid tussen verschillende soorten activa. De wijze van levering zal ik hieronder achtereenvolgens behandelen.

** Roerende zaken, niet-registergoederen*

Als voorbeeld neem ik een zich in Nederland bevindend schilderij dat door een in Nederland woonachtige Amerikaanse insteller ten behoeve van een van zijn Amerikaanse kleinkinderen aan zijn te New York verblijvende zoon in trust wordt gegeven. Voor zover Nederlands recht van toepassing is, verlangt art. 3:90 BW voor de overdracht ten titel van trust dat de trustee het bezit van het schilderij wordt verschafft. Dit kan op verschillende manieren: ofwel door feitelijke overgave (al dan niet via tussenpersonen) ofwel door bezitsverschaffing *constituto possessorio* (art. 3:115a BW). De levering door middel van een *traditio longa manu* (art. 3:115c BW) blijft hier buiten beschouwing; deze komt hieronder bij de toonderobligaties aan de orde. Op zich lijkt aan deze

eis eenvoudig te kunnen worden voldaan.⁶⁶⁾

De enige vraag die dan rijst, is of het bezit aan de trustee in die hoedanigheid verschaft moet worden en zo ja, hoe blijkt dit? De eerste vraag moet mijns inziens bevestigend beantwoord worden. Hoe kan anders het speciale karakter van het trustvermogen tot uiting komen? Het feit dat de trustee q.q. bezitter is, blijkt echter nergens uit. Registratie van roerende zaken kennen wij niet als zodanig, zodat noch art. 12 Verdrag noch art. 3 WCT hier een bijzondere bevoegdheid aan de trustee verlenen. Het resultaat is dat het bezit van de trustee op het eerste gezicht geen uitsluitel geeft omtrent de vraag of hij voor zichzelf dan wel q.q. bezit. Pas wanneer schuldeisers zich op het schilderij willen verhalen (aannemende dat die actie aan Nederlands recht onderworpen is) zal blijken dat de trustee q.q. weliswaar als bezitter geldt, maar dat het schilderij niet vatbaar is voor dat verhaal door privé-schuldeisers van de trustee.

** Toonderobligaties*

Ten aanzien van de toonderobligaties verloopt de levering min of meer op gelijke wijze als bij het schilderij het geval is. Toonderstukken worden immers op vergelijkbare wijze geleverd (art. 3:93 BW). Daarom geldt het zojuist opgemerkte ook voor de toonderobligaties. Het feit dat de toonderobligaties onder een derde kunnen berusten, bijvoorbeeld in een bankkluis,⁶⁷⁾ heeft nauwelijks betekenis. Deze bijzonderheid leidt hooguit tot een uitbreiding van het aantal mogelijkheden om de trustee het bezit van de obligaties te verschaffen. Naast een feitelijke overgave en c.p. levering is dan ook een *traditio longa manu* (art. 3:115c BW) mogelijk. Afhankelijk van het contract met de bank is deze laatste leveringswijze waarschijnlijk zelfs het meest voor de hand liggend.

** Vorderingen*

De insteller kan ook vorderingen in trust geven. Denk bijvoorbeeld aan het geval van de eerder ten tonele gevoerde in Nederland woonachtige Amerikaan die een bestaande vordering aan zijn Amerikaanse zoon in trust wil geven. De overdracht (*cessie*) vindt dan plaats door

⁶⁶⁾ Men kan zich echter de vraag stellen of de trustee wel bezitter kan zijn, omdat hij de trustbestanddelen – de *facto* – ten behoeve van de begunstigde houdt. Aangezien hij echter uitdrukkelijk als de rechthebbende op die bestanddelen wordt (vgl. bijvoorbeeld art. 2 lid 2 sub b Verdrag), beschouw ik hem – de *iure* – als houder voor zichzelf, d.w.z. bezitter.

⁶⁷⁾ Het betreft hier een 'gesloten' bewaarneming door de bank in tegenstelling tot bijvoorbeeld de casus die aan het arrest Teixeira de Mattos ten grondslag lag (HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274). Blijkens dit arrest zou een trustee bij open bewaargeving vermoedelijk snel zijn zakelijke rechten kwijt zijn, hoewel dit naar het toepasselijke trustrecht waarschijnlijk anders wordt beoordeeld op grond van het conflicterende belang tussen trustee en begunstigde; vgl. Hanbury & Martin, t.a.p., blz. 469-70.

middel van een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan aan de debitor cessus (art. 3:94 BW). Net als bij het bezit lijkt het mij ook hier van belang dat de trustee in zijn hoedanigheid optreedt. Anders dan bij het bezit zijn er mogelijkheden voor hem om die capaciteit te tonen. Zowel in de akte als in de mededeling zal dat moeten gebeuren.

Ontbreekt een dergelijke aanduiding in de akte dan kan worden betoogd dat geen overdracht heeft plaatsgevonden, omdat de titel op grond waarvan geleverd is, gericht was op de creatie van een trust. Evenwel kan ook verdedigd worden dat uit de titel kan worden afgeleid dat de cessieakte door de trustee *in diens hoedanigheid* is aangegaan. Stilzwijgend zou de hoedanigheid in die akte dan moeten worden aangenomen. Kortom, een kwestie van uitleg van de akte.

Ten aanzien van de mededeling aan de debitor cessus is de kwestie wellicht iets ingewikkelder. Wanneer bij de mededeling aan de debitor cessus vermelding van de hoedanigheid van trustee achterwege blijft, weet de derde niet beter dan dat hij het bedrag voortaan aan de trustee in privé verschuldigd is. Wordt hij later geconfronteerd met de trustee q.q., dan kan dat aanleiding geven tot het invoeren van de opschortingsbevoegdheid van art. 6:37 BW. Het betreft overigens niet een louter theoretische kwestie: wanneer bijvoorbeeld onder de debitor cessus derdenbeslag wordt gelegd, is het van wezenlijk belang te weten of dit gebeurt ten laste van de trustee privé of q.q. In verband met het afgescheiden vermogen zal een discrepantie tussen beide tot verschillende uitkomsten van het derdenbeslag moeten leiden.

* *Saldo op een bankrekening*

Wanneer de insteller het saldo op een rekening-courant rekening of een deposito-rekening bij een in Nederland gevestigde bank in trust wil geven doen zich weer andere vragen voor.

Allereerst de vraag of het saldo überhaupt wel overdraagbaar is. Vaak wordt dit immers uitgesloten, of althans beperkt. Dergelijke cessieverboden hebben derdenwerking,⁶⁸⁾ omdat zij de inhoud van de over te dragen vordering bepalen. Dientengevolge zal een overdracht van dergelijke saldi ten titel van trust zonder effect blijven. In die gevallen zal de insteller zich moeten behelpen door de betreffende saldi over te boeken naar de rekening van de trustee q.q. met alle gevolgen van dien.⁶⁹⁾

Gesteld echter dat het op zichzelf wel mogelijk is een rekening-courant saldo aan de trustee q.q. te cederen, dan geldt hetzelfde als hiervoor is gesteld bij de cessie van een vordering. Eventuele verrekeningsvragen

⁶⁸⁾ Vergelijk artikel 3:83 lid 2 BW alsook HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 inzake mr. Van Schaik q.q./ABN-AMRO.

⁶⁹⁾ Denk bijvoorbeeld aan boetes en/of rentekortingen wegens voortijdig opvragen van het saldo.

zullen met behulp van art. 6:140 j° 130 BW moeten worden opgelost.

** Aandelen in een BV of NV*

Bij aandelen moet onderscheid worden gemaakt tussen aandelen in een BV of een NV. Ten aanzien van de leveringsformaliteiten van aandelen in een Nederlandse BV dienen de bepalingen van art. 2:195 BW te worden gevolgd. Dit betekent dat de blokkeringsregeling in acht genomen moet worden, waarna de eigenlijke levering kan plaatsvinden. Wanneer wij onderscheiden tussen de goedkeurings- en aanbiedingsregeling (art. 2:135 lid 3 resp. lid 4 BW) valt nauwelijks verschil te constateren: bij beide blokkeringsregelingen maakt het in wezen geen verschil of de aandelen aan de trustee in privé dan wel q.q. worden overgedragen. Hooguit speelt dit een verschil bij de afweging die de betrokken overige aandeelhouders maken ten aanzien van de goedkeuring. Bij de aanbiedingsregeling ligt dit niet anders.

Waar het onderscheid echter wel van belang kan zijn is wanneer de trustee niet, maar de begunstigde wel, tot de kring van 'vrije' personen als bedoeld in art. 2:195 lid 1 BW gerekend kan worden. Is er dan wel of niet sprake van een blokkering?

Uitgaande van een volwaardige verkrijging door de trustee zal het antwoord bevestigend luiden: ingevolge art. 2:195 lid 2 BW moet de blokkeringsregeling volledig worden nageleefd wanneer de trustee niet tot de kring van 'vrije' personen behoort. Gaat men daarentegen uit van het bijzondere aspect van de trust dat er sprake is van een afgescheiden vermogen, alsmede de aanspraken van de begunstigde op dat vermogen, dan kan worden verdedigd dat de blokkeringsregeling buiten toepassing moet blijven indien de begunstigde wel tot de kring der 'vrije' personen behoort.

De levering vervolgens verlangt een notariële akte tussen de insteller en de trustee. Hierbij zal deze laatste wederom in diens hoedanigheid moeten optreden, wil de overdracht effect hebben. Een dergelijke levering werkt ingevolge art. 2:196a lid 1 BW mede van rechtswege tegenover de vennootschap, zij het dat erkenning door dan wel betekening aan de vennootschap moet hebben plaatsgevonden willen de aan het aandeel verbonden rechten kunnen worden uitgeoefend jegens de vennootschap. De vennootschap dient de trustee q.q. in het aandeelhoudersregister als nieuwe rechthebbende op het aandeel te vermelden. Het feit dat de trustee hierbij uitdrukkelijk in zijn hoedanigheid moet worden genoemd, niettegenstaande het feit dat het aandeelhoudersregister geen openbaar register is, volgt uit art. 12 Verdrag en art. 3

WCT.⁷⁰⁾

Net zo min als de vermelding in het aandeelhoudersregister constitutief is voor de verkrijging van het aandeel, acht ik een onjuiste aanduiding van de trustee, of zelfs het achterwege blijven van de vermelding van diens hoedanigheid, echter niet fataal voor de verwerving van de aandelen door de trustee ten behoeve van de begunstigde. Dit leidt hooguit tot complicaties in de verhouding trustee-vennootschap.

Bij beursgenoteerde (toonder)aandelen vraagt een andere kwestie nog enige aandacht. Dit betreft de Wet melding zeggenschap. Moeten de criteria van deze wet worden losgelaten op de trustee of op de begunstigde? Wie geldt als aandeelhouder?

Evenals hiervoor al vaker bleek, kan op basis van de dualistische trustfiguur een tweetal redeneringen worden opgezet: ten 'faveure' van de trustee op basis van die positie als rechthebbende en ten 'faveure' van de begunstigde op basis van het aspect van het afgescheiden vermogen van de trustee. Ik ben geneigd om op basis van art. 2 lid 2 sub b Verdrag de eerste optie als de juiste te bestempelen. Wanneer echter een derde die aandelen houdt ten behoeve van de trustee, zal m.i. die derde aan de meldingsplicht onderworpen zijn.⁷¹⁾

Op het terrein van de eenpersoonsvennootschappen doet zich een vergelijkbare kwestie voor. Bij deze vennootschappen is er immers sprake van aanvullende meldingsplichten.⁷²⁾ Hoe zit het nu wanneer de insteller alle aandelen in een NV of BV overdraagt aan één trustee in trust ten behoeve van verschillende begunstigten (of zichzelf als een dergelijke trustee aanwijst)? Of omgekeerd: wat gebeurt er als de insteller zijn gehele aandelenbezit in verschillende delen splitst en aan verschillende trustees overdraagt ten behoeve van één begunstigde? Kortom, ook hier rijst de vraag naar de uiteindelijke rechtspositie van de trustee en de begunstigde. M.i. dient een zelfde antwoord te worden gegeven: beslissend is wie in de zin van art. 2 lid 2 sub b Verdrag als rechthebbende moet worden beschouwd, d.w.z. de trustee.

** Onroerende zaken*

De levering van een onroerende zaak geschiedt bij notariële akte, gevolgd door inschrijving in de registers, aldus art. 3:89 BW. Ook hierbij zal de trustee uitdrukkelijk in zijn hoedanigheid moeten optreden. Art. 12 Verdrag en art. 3 WCT bieden hem daartoe de mogelijkheid. Het achterwege blijven van de vermelding van de hoedanigheid van de trus-

⁷⁰⁾ Zie Rapport nr. 121 en MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 16.

⁷¹⁾ Zie ook hoofdstuk 7 hieronder.

⁷²⁾ Vgl. art. 8 lid 1 sub 6 Hrgw.; zie ook art. 2:91a BW.

tee lijkt mij er toe te leiden dat er geen overdracht plaatsvindt. Er is immers geen sprake van een ‘tussen *partijen* opgemaakte notariële akte’ als de trustee in privé hoedanigheid compareert. Dan sluiten titel en leveringsformaliteit niet op elkaar aan. Aangezien het hier wederom een uitleg van die rechtshandeling betreft waarin mogelijk stilzwijgend een correct optreden door de trustee zou kunnen worden gezien, lijkt mij hier derhalve een belangrijke taak weggelegd voor de instrumenterende notaris.

Overigens biedt art. 3 WCT de trustee een alternatief wanneer hij in de registers niet zijn hoedanigheid zou vermelden: een andere wijze van inschrijven is toegestaan, mits van het bestaan van de trust blijkt. Uit de toelichting op het Verdrag en art. 3 WCT is echter niet op te maken of met deze toevoeging iets bijzonders wordt beoogd.

** Intellectuele eigendomsrechten: auteursrecht, octrooirecht*

Tot het trustvermogen kunnen ook intellectuele eigendomsrechten behoren. Korthedshalve beperk ik mij tot twee soorten: auteursrecht en octrooirecht.

Naar Nederlands recht wordt een auteursrecht geleverd door een akte, aldus art. 2 Auteurswet.⁷³⁾ Evenals bij eerdergenoemde leveringswijzen zal de trustee in die akte zijn hoedanigheid moeten vermelden op straffe van het niet overgaan van het auteursrecht.

Ten aanzien van een in trust gegeven octrooirecht of het recht voortvloeiende uit de octrooiaanvraag, geschiedt de levering eveneens bij akte,⁷⁴⁾ onverschillig of er sprake is van een Nederlands dan wel Europees octrooi(aanvraag).⁷⁵⁾ In de akte moeten partijen de rechten van de vervreemder op de verkrijger willen doen overgaan. Hierin dient de trustee tevens te melden dat hij in zijn hoedanigheid optreedt. Inschrijving van de akte in het octrooieregister is voor een geldige levering – en daarmee overdracht – niet vereist.⁷⁶⁾ Deze dient slechts om aan de overdracht effect jegens derden te verschaffen. Het achterwege blijven van de hoedanigheidsvermelding leidt m.i. niet tot een nietige overdracht wanneer dat niet via uitleg van die rechtshandeling kan worden opgelost. Wel echter zal een crediteur van de trustee dan het octrooi of de octrooiaanvraag kunnen uitwinnen ten behoeve van diens privéschulden. Dientengevolge leidt een onjuiste vermelding in het octrooieregister tot het feitelijk vervallen van het afgescheiden vermogen van de trustee. De kenbaarheid van de bijzondere hoedanigheid van de trustee acht ik essentieel, net als bij de andere goederen waarbij publiciteit via registratie

⁷³⁾ Vgl. art. 3:95 BW.

⁷⁴⁾ Zie art. 38 Rijksoctrooiwet (‘ROW’) en art. 72 Europees OctrooiVerdrag (‘EOV’)

⁷⁵⁾ Vgl. art. 64 EOv.

⁷⁶⁾ Art. 37 ROW spreekt over ‘kunnen’ inschrijven.

verwezenlijkt wordt. Wanneer men – ondanks de uitdrukkelijk in art. 12 Verdrag en art. 3 WCT geboden mogelijkheid tot een dergelijke publiciteit – daarvan geen gebruik maakt, geschiedt dat in mijn ogen voor risico van de trustee en de begunstigde; niet voor risico van de verhaal uitoefenende privé-crediteuren van de trustee.

6.3.4 Levering bij voorbaat van trustactiva

Na de bespreking van de verschillende in acht te nemen leveringsformaliteiten bij de verscheidene categorieën goederen wil ik ter afronding nog enige opmerkingen maken over de levering bij voorbaat. Deze rechtsfiguur is bij de meeste van die categorieën goederen mogelijk; alleen registergoederen blijven buiten beschouwing (art. 3:97 lid 1 BW). Bij deze leveringswijze is het de bedoeling dat de insteller reeds nu alle benodigde leveringsformaliteiten verricht terzake van een overdracht van op dit ogenblik nog niet tot het vermogen van de insteller behorende goederen. Dit laatste hetzij omdat die goederen in het geheel nog niet bestaan (absoluut toekomstige goederen), hetzij omdat die goederen weliswaar bestaan, maar ten tijde van de levering nog aan anderen dan de vervreemder toebehoren (relatief toekomstige goederen). Uiteraard kan de levering bij voorbaat alleen gebeuren waar de leveringsformaliteit dat toelaat. Zo is een bezitsverschaffing door feitelijke overgave van een absoluut toekomstige zaak ondenkbaar; levering door een geanticipeerd constitutum possessorium is daarentegen wel mogelijk.

Voor zover de trustee q.q. als verkrijger van dergelijke toekomstige goederen zou moeten optreden geldt wederom dat hij zijn hoedanigheid – waar mogelijk – daarbij kenbaar moet maken. Laat hij dat achterwege, dan zal te zijner tijd, wanneer het toekomstig goed een bestaand goed wordt, door de trustee geen rechten worden verworven. Althans in die gevallen waarin het mogelijk is dat de trustee zijn hoedanigheid bij de levering kenbaar maakt, zal het ontbreken daarvan tot een fatale discrepantie tussen titel en levering leiden. Bescherming van eventuele derden-verkrijgers (niet de begunstigde) zal op basis van de regeling van art. 3:86-88 BW moeten plaatsvinden.

7. Verkrijging van de trustactiva door een derde ten behoeve van de trustee

Art. 2 lid 2 sub b Verdrag staat uitdrukkelijk de mogelijkheid toe dat de trustactiva niet op naam van de trustee staan, maar op naam van een ander ten behoeve van de trustee. Denk hierbij aan commissio-nairs, in het bijzonder in effecten, en het Anglo-Amerikaanse gebruik om effecten door ‘nominees’ te laten beheren. Hiermee belanden we op

een notoir lastig terrein van ons goederenrecht. Voor zover hier van belang zal het allereerst bekend moeten zijn wie nu in de ogen van een Nederlands jurist als de rechthebbende op een bepaald goed moet worden beschouwd. De – authentieke – Engelse en Franse teksten zijn op dit punt niet geheel duidelijk:

'b. title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;'

'b. le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;'

In de officieuze Nederlandse vertaling vinden wij de volgende omschrijving:

'b. de rechtstitel met betrekking tot de goederen van de trust staat ten name van de trustee of van een ander voor rekening van de trustee;'

De toelichting op deze bepaling brengt evenmin veel duidelijkheid.⁷⁷⁾ Naar mijn mening betekent deze bepaling dat die derde het betreffende goed in eigen naam bezit en dus als rechthebbende te kwalificeren is, zij het voor rekening van de trustee. Men kan zich afvragen of de verhouding tussen trustee en de derde nog steeds tot de trustverhouding behoort. Zo niet, dan dient naar Nederlands recht er van te worden uitgegaan dat de trustee – en daarmee de begunstigde via de trust – slechts een persoonlijke aanspraak jegens die derde heeft.⁷⁸⁾ Bij andere goederen dan roerende zaken, niet-registergoederen levert dit in beginsel geen problemen op. Ten aanzien van roerende zaken zou men echter kunnen beweren dat ingevolge art. 3:110 BW de trustee als rechthebbende zou moeten worden aangemerkt. M.i. is deze situatie – die zeer wel uit de relatie tussen beide zou kunnen voortvloeien – echter niet bedoeld in art. 2 Verdrag, omdat dan niet meer gesproken kan worden van een 'title' annex 'titre' of rechtstitel ten name van de derde. De vraag die men zich kan stellen voor de situatie waarin een derde in eigen naam tot de trustactiva gerechtigd is, is of die activa nog wel een afgescheiden vermogen vormen. Wanneer die derde rechthebbende is, is er weliswaar een afscheiding van het privé-vermogen van de trustee, maar art. 2 lid 2 sub a Verdrag omschrijft dit wezenskenmerk van de 'Haagse trust' daarnaast als een afgescheiden vermogen zonder meer. Hiervan is in bovenstaande opzet echter geen sprake wanneer de trustee de trustactiva bij een derde onderbrengt *zonder* vermelding van zijn hoedanigheid. Als deze dan niet weet dat de trustee de goederen eigenlijk in trust heeft, zal hij zichzelf als 'onbeperkt' rechthebbende mogen

⁷⁷⁾ Zie Rapport nr. 45.

⁷⁸⁾ Deze aanspraak kan overigens op zijn beurt onderdeel van het trustvermogen uitmaken.

beschouwen en van de trust geen last ondervinden. Die goederen zijn dan ook gewoon vatbaar voor verhaal door de schuldeisers van die derde zoals al diens andere goederen.

Wil men deze kwestie oplossen, dan dient ten eerste bij de derde bekend te zijn dat de trustee die goederen niet privé beheert, maar ten behoeve van een of meer begunstigde(n). Voorts zal die derde een dergelijke positie – waar mogelijk – moeten melden. Ik denk hierbij aan registergoederen, effecten op naam en vorderingen op naam. Zo zal bij registergoederen in het register vermeld moeten staan dat de derde rechthebbende op dat goed is ten behoeve van de trustee in diens hoedanigheid. Naar mijn idee zal de begunstigde dan een bescherming tegen verhaalsacties door schuldeisers van die derde kunnen ontlenen aan voormelde bepaling van art. 2 lid 2 sub a Verdrag. Een andere mening lijkt mij overigens goed verdedigbaar op grond van de in art. 11 Verdrag genoemde gevolgen van een erkenning waarin slechts wordt gewezen op de afscheiding van het vermogen van de trustee (art. 11 lid 3 sub a-c Verdrag), los van de vraag of deze afscheiding wellicht via een ander vermogen dan dat van de trustee is gerealiseerd.

Voor zover de goederen bij de derde worden ondergebracht zonder dat deze daarvan rechthebbende wordt (bijvoorbeeld door bewaargeving), is er van een verhaalsobject voor die schuldeisers uiteraard geen sprake. Het recht om die goederen dan daar weg te halen wordt in dit geval beheerst door de rechtsverhouding tussen de trustee en die derde. De positie van die derde ten opzichte van de begunstigde wordt krachtens art. 11 lid 3 sub d Verdrag beheerst door het recht dat op grond van de Nederlandse⁷⁹⁾ verwijzingsregels van toepassing is verklaard.

8. De verwerving van trustgoederen door de trustee gedurende de looptijd van de trust; 'tracing'

Niet alleen bij de totstandkoming van de trust verwerft de trustee trust-activa. Ook gedurende het bestaan van die trust zal de trustee vaak bepaalde goederen verkrijgen, zowel afkomstig van de insteller als van derden. De vraag of de trustee hiertoe bevoegd is moet worden beoordeeld aan de hand van het op de trust toepasselijke recht, aldus ook art. 8 sub d en e Verdrag. Voor zover op een dergelijke verkrijging Nederlands recht moet worden toegepast gelden de gewone overdrachtsregels. In beginsel is er geen reden om een dergelijke verkrijging andere regels los te laten.

Wel kunnen zich ook hierbij weer vragen voordoen ten aanzien van de

⁷⁹⁾ Er van uit gaande dat een geschil daarover aan de Nederlandse rechter wordt voorgelegd.

kenbaarheid van de hoedanigheid waarin de trustee bepaalde goederen verwerft. Zo kan men zich afvragen of het niet vermelden van die hoedanigheid in het kader van de leveringsformaliteiten er toe zal leiden dat de aldus verworven goederen per definitie in het privé vermogen van de trustee vallen. Of betekent een dergelijke 'mismatch' dat het goed in het geheel niet overgaat, omdat de levering iets anders beoogd (verkrijging door de trustee privé) dan waartoe de titel verplicht (verkrijging door trustee q.q.)?

Het lijkt mij dat het hier – net zoals hierboven beschreven bij de overdracht van trustactiva door insteller aan trustee – gaat om een uitleg van de rechtsverhouding tussen vervreemder en trustee. Met behulp van de gangbare criteria zal vermoedelijk 'hineininterpretiert' kunnen worden dat de trustee bij de levering in diens hoedanigheid is opgetreden. Noch art. 12 Verdrag noch art. 3 WCT verplichten de trustee immers om diens hoedanigheid waar mogelijk bekend te maken. Deze bepalingen verschaffen hem slechts de mogelijkheid daartoe.

Alleen wanneer de trustee bij de levering uitdrukkelijk verklaart niet q.q. maar privé op te treden (ondanks het feit dat de rechtsgrond tot een overdracht aan de trustee q.q. verplicht) zal de situatie anders komen te liggen. Hetzelfde geldt in de omgekeerde situatie dat de titel verplicht tot een overdracht aan de trustee privé, terwijl hij in het kader van de levering zich uitdrukkelijk als trustee q.q. manifesteert. In deze gevallen heeft de levering m.i. geen overdracht tot gevolg wegens het ontbreken van een daartoe strekkende titel. Het goed blijft diens gevolg bij de vervreemder.

Afgezien van het nogal theoretische geval dat zich de zojuist beschreven situatie zal voordoen, zullen de genoemde gevolgen bij een levering van roerende zaken, niet-registergoederen langs andere weg beperkt kunnen worden. Bij deze zaken vindt de levering immers plaats door bezitsverschaffing. Naar analogie⁸⁰⁾ met de regel van art. 3:110 BW zou men kunnen betogen dat de trustee ingevolge de trust – normatief – gehouden is het bezit van die zaken te verwerven in zijn hoedanigheid van trustee. Met andere woorden, ook al zou hij uitdrukkelijk anders beweren, dit zal hem niet baten: hij verkrijgt het bezit en – wanneer althans ook aan de andere overdrachtsvereisten is voldaan – eigendom als trustee q.q.

⁸⁰⁾ De regel van art. 3:110 BW is niet rechtstreeks van toepassing, omdat hij ziet op een rechtsverhouding waarbij de trustee voor de begunstigde houder zou zijn. Gegeven het feit dat de trustee als eigenaar/bezitter heeft te gelden, kan er geen sprake van zijn dat hij de goederen houdt voor de begunstigde. Zoals reeds eerder betoogd, kan men zich afvragen of deze dogmatisch strikte zienswijze bij de trust gehandhaafd moet worden. In zeker opzicht houdt de trustee de trustactiva immers wel degelijk voor de begunstigde. Vgl. ook hetgeen in noot 47 en 99 is opgemerkt.

Een andere kwestie die zich bij de verwerving van goederen gedurende de looptijd van de trust aandient betreft de vraag naar de gevolgen van de aanschaf van bepaalde goederen met bijvoorbeeld gelden die de trustee in diens hoedanigheid onder zich heeft. Stel dat de trustee bepaalde trustactiva vervreemdt en daarvoor contant geld ontvangt; valt dit geld dan in het afgescheiden vermogen? En zo ja, gebeurt dan hetzelfde met de goederen die vervolgens door de trustee weer met dat geld worden aangeschaft? Ook denkbaar is dat de trustee met gelden van de bankrekening die hij als trustee q.q. aanhoudt effecten aanschafft of een auto of een stuk grond. Vallen deze goederen door de levering in het vermogen van de trustee privé of q.q.? Verschillende situaties zijn denkbaar.

Wanneer de trustee – uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend – bij de verkrijging⁸¹⁾ in zijn hoedanigheid van trustee optreedt, geldt hetgeen ik hierboven heb betoogd: de goederen vallen in het afgescheiden vermogen. Ik moge daarnaar ook verwijzen voor het – theoretische – geval dat de titel gericht is op een verkrijging door de trustee q.q., maar dat de trustee zich bij de levering privé presenteert.

Als de trustee zich echter ook ten aanzien van de aanschaf van dergelijke goederen (ten aanzien van de titel) in zijn privé hoedanigheid manifesteert is er normaliter sprake van ‘breach of trust’. Dit leidt tot mogelijke aanspraken jegens de trustee op grond van het op de trust toepasselijke recht (vgl. art. 8 sub g Verdrag).⁸²⁾ De vraag of deze aanspraak niet louter ‘personal’, maar ook ‘proprietary’ van karakter is behelst een onderwerp dat in de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels een belangrijke plaats in het trustrecht inneemt, vaak kortweg aangeduid met het begrip ‘tracing’.⁸³⁾ Voor zover hier van belang behandelt dit onderwerp de kwestie in hoeverre de begunstigde – naast of in de plaats van zijn persoonlijke vordering jegens de trustee – zijn aanspraken kan uitoefenen op hetgeen in de plaats treedt van de trustgoederen. Dit kan zowel een geldbedrag zijn dat de trustee heeft ontvangen bij een vervreemding van trustactiva of een goed dat vervolgens met dat geld is aangeschaft.⁸⁴⁾ Wanneer de trustactiva bestaan uit geld, kan de begunstigde zijn aanspraak ook doen gelden op hetgeen met dat geld wordt aangeschaft. Zonder hier nu al te veel in te gaan op de finesses van dit leerstuk zoals te vinden in de Anglo-Amerikaanse lite-

⁸¹⁾ Zowel ten aanzien van de titel (bijvoorbeeld de koopovereenkomst) als de daarop gebaseerde levering.

⁸²⁾ De mogelijke aanspraken jegens de derde en het karakter daarvan (vgl. art. 11 lid 3 sub d Verdrag) komen hierna in hoofdstuk 10 aan de orde.

⁸³⁾ Ook in Nederland is deze techniek niet onbekend gebleven; zie hierover o.a. H.C.F. Schoordijk, *Tracing, constructive trust, ongegronde verrijking, zaaksvervanging* (Afscheidscollege UvA 1991) en recent, W. Russchen, *Volg het spoor terug*, WPNR 6154.

⁸⁴⁾ Zie bijvoorbeeld Hanbury & Martin, t.a.p., blz. 652.

ratuur en rechtspraak wil ik hier de vraag behandelen welke invloed moet worden toegekend aan het bestaan van een dergelijke aanspraak van de begunstigde ten aanzien van zich in Nederland bevindende trustactiva. Betekent het feit dat naar het op de trust toepasselijke recht de begunstigde zijn aanspraak op trustgelden kan vervolgen op de daarmee aangeschafte goederen dat deze daarom in het afgescheiden vermogen van de trustee vallen en – dus – niet door de privé schuldeisers van de trustee kunnen worden uitgewonnen? Geldt dit in het bijzonder ook wanneer de trustee duidelijk de bedoeling had die goederen voor zichzelf aan te schaffen? Of creëert de trust een ‘normatieve’ rechtsverhouding waardoor die goederen – ondanks andersluidende verklaringen van de trustee – rechtens in het trustvermogen vallen? Het is immers de taak van de trustee om conflicterende belangen zoveel mogelijk te voorkomen, althans niet ten voordele van zichzelf op te lossen.⁸⁵⁾

Dat er enigerlei vergoeding door de trustee privé in de richting van het trustvermogen zal moeten plaatsvinden lijkt mij nauwelijks voor betwisting vatbaar. De vraag is echter of die vordering een zakelijk karakter heeft of slechts van persoonlijke aard is. In het eerste geval betekent dit dat het met het trustgeld aangeschafte goed niet voor verhaal door de privé schuldeisers van de trustee vatbaar is en ook niet in diens faillissement valt. Hoewel een dergelijke – zakelijke – afscheidingsbevoegdheid in het Anglo-Amerikaanse recht (soms) in common law en (vaak) in equity wordt aangenomen, betwijfel ik of een dergelijke vorm van ‘tracing’ ook in ons recht zou gelden. Het zou er op neer komen dat de regel van art. 3:276 BW opzij gezet moet worden. Hoewel art. 4 WCT daartoe op zich de mogelijkheid biedt, acht ik die basis te mager. In wezen zou op deze manier in ons recht de rechtsfiguur van de algemene zaaksvervanging (met goederenrechtelijk effect) worden erkend. Zoals al blijkt uit de omvangrijke literatuur en jurisprudentie op dit punt in de common law stelsels spelen hierbij talloze vraagstukken een rol, zodat een duidelijke stellingname door de wetgever verlangd mag worden. Zolang dit niet gebeurd is, bepleit ik terughoudendheid op dit punt. Ik verschil dan ook van mening met Uniken Venema die stelt dat aanvaarding van het Verdrag er toe leidt dat Nederland ook het beginsel van de zaaksvervanging moet erkennen.⁸⁶⁾ Hij lijkt dit te willen afleiden uit art. 11 Verdrag, maar geeft zelf aan dat het niet voortvloeit uit het in art. 11 lid 3 sub d Verdrag genoemde gevolg van een ‘Haagse trust’.⁸⁷⁾ Voor zover die zaaksvervanging gebaseerd wordt op de terugvorderingsmogelijkheid in geval van

⁸⁵⁾ Vgl. Hayton and Marshall, t.a.p., blz. 605 e.v. en Hanbury & Martin, t.a.p., blz. 469-70.

⁸⁶⁾ C.Æ. Uniken Venema, t.a.p., WPNR 6093, § 8.3.

⁸⁷⁾ C.Æ. Uniken Venema, t.a.p., WPNR 6093, blz. 391 r.k.

vermenging ex art. 11 lid 3 sub d Verdrag,⁸⁸⁾ acht ik dit argument zonder betekenis. Zoals ik hieronder⁸⁹⁾ betoog zal dit gevolg van de erkenning van een 'Haagse trust' door onze dwingende regels op dit terrein buiten toepassing blijven. En ook al is de hier bedoelde vorm van tracing een belangrijk gevolg van de trust in vele common law stelsels, het is naar mijn smaak geen noodzakelijk gevolg van de erkenning van een trust in Nederland ingevolge het Verdrag, mede gezien tegen de achtergrond van art. 15 Verdrag.

Deze conclusie wil overigens niet zeggen dat de trustee niet verplicht zou zijn om de aldus verworven trustgoederen tot trustbestanddelen te maken wanneer dat zou voortvloeien uit het op de trust toepasselijke recht; het betekent slechts dat die verplichting van louter obligatoire aard is en dat die goederen niet in het afgescheiden trustvermogen vallen.

9. Goederenrechtelijke aspecten van de vervanging en opvolging van een trustee⁹⁰⁾

Gedurende de looptijd van een trust kunnen zich verschillende ontwikkelingen voordoen. Op deze plaats wil ik de goederenrechtelijke gevolgen bespreken van een wijziging in de persoon van de trustee. Dit kan het gevolg zijn van uitbreiding of inkrimping van het aantal trustees, maar ook veroorzaakt zijn door overlijden, aftreden van of ontzetting als trustee. De vraag die in al deze gevallen rijst, is hoe aan die wijziging gevolg moet worden gegeven. De trustactiva behoren immers toe aan de trustee of – bij verschillende trustees – de trustees gezamenlijk.

Voorop moet worden gesteld dat deze kwestie ingevolge art. 8 Verdrag primair wordt beheerst door het op de trust toepasselijke recht. Mij beperkend tot de meest gangbare vormen van trustactiva, te weten onroerend goed, effecten en geld, valt op dat naar bijvoorbeeld Engels recht dienaangaande een onderscheid wordt gemaakt. Ten aanzien van bijvoorbeeld aandelen of een bankrekening moet de wijziging worden aangebracht in het aandeelhoudersregister of bij de administratie van de bank. De wijziging bij de aandelen wordt gezien als een werkelijke 'share transfer'; het is een afzonderlijke transactie.⁹¹⁾ Gaat het daarentegen om land, dan hoeft op grond van s. 40 van de Trustee Act 1925 geen afzonderlijke transactie meer plaats te vinden: 'legal title' met betrekking tot de trustzaak gaat van rechtswege over op de nieuwe trustee door het opmaken van de betreffende akte waarin de benoeming van de

⁸⁸⁾ Vgl. Rapport nr. 113 en Uniken Venema's reactie daarop in WPNR 6039.

⁸⁹⁾ Zie hoofdstuk 10.

⁹⁰⁾ Dit hoofdstuk is naar aanleiding van een interventie door F.A.A. Duynstee toegevoegd met als gevolg dat de nummering van de volgende hoofdstukken is opgeschoven.

⁹¹⁾ Vgl. bijvoorbeeld J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, 4th edition (London 1992), blz. 236-237.

nieuwe trustee is geregeld.⁹²⁾

Wanneer zich echter bepaalde trustactiva in Nederland bevinden, kan niet volstaan worden met een toepassing van dat vreemde trustrecht. De wijziging van trusteeschap ondervindt dan ook invloeden van ons recht. Zou men nog een afzonderlijke overdracht van (het aandeel in) bepaalde trustactiva verlangen, dan kan dat belangrijke consequenties hebben. Vooral bij onroerend goed blijkt de kwestie niet zonder belang; denk bijvoorbeeld aan de verschuldigde overdrachtsbelasting als het goed daadwerkelijk aan de nieuwe trustee moet worden overgedragen. Toch meen ik dat men in het gekozen systeem waarbij de trustee als rechthebbende op de trustactiva moet worden beschouwd, er in het continentale Nederlandse stelsel niet aan ontkomt om bij wijziging van de trustee (maar ook bij uitbreiding of inkrimping van het aantal trustees) de goederen opnieuw over te dragen. Is dit ook de bedoeling?

Los van het al gesignaleerde probleem van de overdrachtsbelasting, meen ik dat deze consequentie de inburgering van de 'Haagse trust' in ons rechtstelsel niet zal bevorderen. Afgezien van het feit dat ik een herhaalde heffing van overdrachtsbelasting in het licht van de rol van de trustee moeilijk verdedigbaar acht, lijkt mij dat de veranderingen in de persoon van de trustee waar mogelijk met een enkele aantekening in de betreffende registers zou moeten plaatsvinden. Ik denk hierbij aan de openbare registers bij registergoederen (vgl. art. 3:17 lid 1 sub a BW). De mogelijkheid hiertoe kan wellicht al worden gegrond op basis van art. 3 WCT j° 26 Kadasterwet. Een vergelijkbare oplossing is denkbaar bij wijzigingen in het trusteeschap genoemd in aandeelhoudersregisters of andere 'book entry' systemen. Bij vorderingen op naam kan men voorts denken aan de melding aan de debiteur van de vordering dat de trustee veranderd is. Roerende trustzaken worden aan de nieuwe trustee ter beschikking gesteld ('bezit verschafft') waarmee deze te kennen geeft deze zaken voortaan in trust te bezitten.

Het aldus achterwege blijven van volledige overdrachtsformaliteiten is ook minder bezwaarlijk, omdat de trustactiva toch al niet aan het verhaal van de privé schuldeisers van de trustee bloot stonden. Van een – mogelijk ongeoorloofde – onttrekking aan dat verhaal is derhalve geen sprake.

Een bijzonder probleem kan zich nog voordoen bij het overlijden van een trustee. Ingevolge art. 11 lid 3 sub c Verdrag j° 4 WCT vormt het trustvermogen geen onderdeel van de nalatenschap.⁹³⁾ De vraag is evenwel hoe de opvolger zoals die ingevolge het toepasselijke trustrecht is

⁹²⁾ Zie bijvoorbeeld Hanbury & Martin, t.a.p., blz. 488, J.G. Riddall, t.a.p., blz. 247-248.

⁹³⁾ Voor zover er verplichtingen voor de trustee privé voortvloeiden uit de trust behoren die in beginsel wel tot de nalatenschap. Denk hierbij aan eventuele persoonlijke aansprakelijkheden van de erflater wanneer hij in 'breach of trust' heeft gehandeld.

aangewezen (vgl. art. 8 Verdrag), rechthebbende op de trustactiva wordt. In hoeverre rust er op de erfgenamen van de overleden trustee een verplichting tot overdracht aan de nieuwe trustee. Het antwoord hangt m.i. af van de hiervoor gegeven oplossing. Als een enkele inschrijving voldoende is, behoeven de erfgenamen niet mee te werken aan een overdracht van die trustactiva. Voor zover niettemin enige akte moet worden opgemaakt om die formaliteiten te verrichten, zijn de erfgenamen naar mijn mening wel tot medewerking gehouden. Dit kan worden beschouwd als een vorm van nawerking van de verplichtingen van de erflater als trustee uit hoofde van het toepasselijke trustrecht. Is daarentegen een volwaardige overdracht nodig, dan dienen de erfgenamen op grond van genoemde nawerking ook daaraan mee te werken, ook al behoren die trustactiva niet tot de nalatenschap.

10. De rechtspositie van de begunstigde gedurende de looptijd van de trust; relatie tot derden

Hoewel bepaalde hierboven besproken gebeurtenissen ook gevolgen kunnen hebben voor de rechtspositie van de begunstigde (bijvoorbeeld gericht op schadevergoeding door de trustee), dient tevens naar deze positie afzonderlijk te worden gekeken. Ten aanzien van die positie zijn namelijk ook op zichzelf staande goederenrechtelijke kwesties aan de orde. Te denken valt aan de wijze waarop de goederenrechtelijke aanspraken van de trustee op de begunstigde overgaan bij het einde van de trust. Deze kwestie zal ik in hoofdstuk 12 behandelen. Eerst wil ik aandacht besteden aan goederenrechtelijke verwickelingen die zich voor het einde van de trust kunnen voordoen waardoor de positie van de begunstigde geschaad, althans geraakt, kan worden. Te denken valt aan eventuele veranderingen in de aard van de trustbestanddelen door een originele wijze van eigendomsverkrijging door de trustee privé of door een derde als gevolg van natrekking, vermenging of zaaksvorming.⁹⁴⁾ Ik zal echter beginnen met een bespreking van mogelijke invloeden op de positie van de begunstigde als gevolg van eventuele aanspraken door derden terzake van bepaalde trustgoederen, al dan niet als gevolg van handelingen door de trustee.

Wanneer men kijkt naar de positie van de begunstigde ten opzichte van derden met een mogelijke aanspraak op bepaalde trustactiva, moeten verschillende categorieën worden onderscheiden: enerzijds derden aan wie de trustee bepaalde trustbestanddelen heeft vervreemd of bezwaard of ter beschikking heeft gesteld (beheersmaatschappijen, ban-

⁹⁴⁾ Dit komt in hoofdstuk 11 aan de orde.

ken die effecten onder zich hebben, andere bewaarders, als bedoeld in art. 11 lid 3 sub d, slot, Verdrag, of derden die voor rekening van de trustee rechthebbende zijn op bepaalde trustactiva, als bedoeld in art. 2 lid 1 sub b Verdrag) en anderzijds derden die – als schuldeiser van de trustee – zich op trustbestanddelen willen verhalen en daartoe beslag hebben gelegd, dan wel in een faillissement of surséance van betaling van de trustee willen opkomen.

10.1 Derden die trustactiva hebben verkregen of onder zich hebben

10.1.1 Voorvragen

Als rechthebbende is de trustee in beginsel bevoegd over zijn activa, met inbegrip van de trustactiva, te beschikken. Het kunnen beschikken over het goed kan worden beschouwd als een van de principiële bevoegdheden van de rechthebbende.⁹⁵⁾ Slechts wanneer de wet daaraan beperkingen oplegt kan een rechthebbende geheel of ten dele in zijn beschikkingsbevoegdheid worden beperkt.⁹⁶⁾ En hoewel de uitoefening van een recht ook kan worden beperkt door de rechten van anderen (vgl. art. 5:1 lid 2 BW),⁹⁷⁾ geldt deze beperking in beginsel niet de beschikkingsbevoegdheid.

Ten aanzien van de vraag of de trustee dus beschikkingsbevoegd is ter zake van de trustactiva zou mijn eerste reactie bevestigend zijn. Het feit dat de trustee de trustactiva beheert voor de begunstigde zou echter de gedachte kunnen doen postvatten dat de trustee die goederen in wezen ‘houdt’ voor de economische belanghebbende, de begunstigde. Maar dan is het nog maar een kleine stap om de trustee als louter ‘houder’, detentor, van de trustgoederen voor de begunstigde aan te merken. Dan zou niet meer de trustee maar de begunstigde bezitter zijn.⁹⁸⁾ Is dit een onmogelijke scheiding van eigendom (bij de trustee) en bezit (bij de begunstigde)⁹⁹⁾? Wat hiervan zij, deze potentiële dualiteit in rechtspositie vormt reden voor nader onderzoek. Hierbij dient een onderscheid te worden aangebracht tussen beschikkingshandelin-

⁹⁵⁾ Zie het beroep dat daarop is gedaan bij de discussies omtrent art. 3:84 lid 3 BW, ten dele hierboven aangehaald bij de discussie over het afgescheiden vermogen, alsmede art. 5:1 BW en de parlementaire geschiedenis daarbij (Parl. Gesch. Boek 5, blz. 17-33).

⁹⁶⁾ Zie bijvoorbeeld faillissement (art. 23 Fw), surséance van betaling (art. 228 FW), meerderjarigebewind (art. 1:438 BW). Vgl. ook de regeling zoals die bij het bewind in titel 3.6 ONBW was voorgesteld (vgl. art. 3.6.1.4b), waarbij in bepaalde gevallen aan de rechthebbende de beschikkingsbevoegdheid over aan het bewind onderworpen goederen was beperkt.

⁹⁷⁾ Zie Parl. Gesch. Boek 5, blz. 17-33.

⁹⁸⁾ Vgl. art. 3:107 BW.

⁹⁹⁾ Vgl. hierover bijvoorbeeld P. Rodenburg in diens bespreking in RM Themis 1986/3, blz. 252 e.v. van mijn proefschrift waarin ik een dergelijke splitsing ten aanzien van de koper onder eigendomsvoorbehoud heb verdedigd.

gen waartoe de trustee op grond van de trustverhouding – impliciet dan wel expliciet – bevoegd is en die waarbij dat niet het geval is. Met deze kwestie belanden wij bij een ander aspect van de ‘tracing’. Los hiervan staat de hiervoor in hoofdstuk 8 behandelde vraag in hoeverre een eventuele tegenprestatie die door de trustee wordt ontvangen als trustvermogen moet worden aangemerkt.

a) ‘Bevoegde’ versus ‘onbevoegde’ beschikkingshandeling

Wanneer de trustee op grond van de trustakte dan wel de regels van het toepasselijke trustrecht bevoegd is om in de verhouding tot de begunstigde terzake van (bepaalde) trustactiva beschikkingshandelingen te verrichten zal dit in een Nederlandse situatie tot een onaantastbare overdracht leiden, waarbij de door de trustee q.q. ontvangen tegenprestatie normaliter in het trustvermogen zal vallen.¹⁰⁰⁾ De begunstigde kan zich hiertegen niet verzetten. Aan derdenbescherming is geen behoefte. Wordt daarentegen de trustee een bepaalde beschikkingshandeling door de trustakte resp. het toepasselijke trustrecht verboden, dan wordt het juridisch interessant.¹⁰¹⁾ Handelt de trustee dan als beschikkingsonbevoegde of is er dan slechts sprake van een wanprestatie van trustee jegens de begunstigde (en wellicht ook jegens de insteller)? Dat de trustee die goederen niet *mag* overdragen en dus wanprestatie pleegt, lijkt mij nauwelijks twijfelachtig. Het is echter de vraag of de trustee die activa wel *kan* overdragen. Verkrijgt de derde de eigendom wanneer de trustee bijvoorbeeld een aan hem in trust gegeven zaak in strijd met zijn verplichtingen als trustee levert? Of is er dan sprake van een levering door een beschikkingsonbevoegde?

Twee mogelijkheden zijn denkbaar: ofwel de onbevoegdheid als gevolg van de trust heeft slechts obligatoire werking, zodat de trustee weliswaar wanprestatie pleegt, maar de overdracht aan de derde niettemin onaantastbaar is; de onbevoegdheid heeft dan louter interne werking. Ofwel die onbevoegdheid reikt verder, zodat de trustee niet beschikkingsbevoegd is in de zin van art. 3:84 lid 1 BW. Dan is er sprake van externe werking van die onbevoegdheid.

¹⁰⁰⁾ Zie hoofdstuk 8 hierboven.

¹⁰¹⁾ In dit verband kunnen nog aardige problemen rijzen als gevolg van het feit dat in de Anglo-Amerikaanse rechtssystemen het bij ons bekende onderscheid tussen verbintenissenrechtelijke grondslag (titel) voor de overdracht en het goederenrechtelijke gevolg (overdracht) ontbreekt. De (on)bevoegdheid om te vervreemden zal veelal gegoten zijn in (het ontbreken van) een ‘power to sell’. Betekent dit nu dat in geval van een verbod om te verkopen de trustee wellicht niet een koopovereenkomst met een derde zou mogen sluiten, maar overigens wel bevoegd zou zijn om te leveren en aldus dat goed over te dragen? Met andere woorden, zolang die koop niet wordt aangetaast met een beroep op de trust, blijft een daarop gebaseerde levering een geldige titel behouden met als gevolg overdracht? Of impliceert een dergelijk vervreemdingsverbod tevens een onbevoegdheid om te leveren? Het toepasselijke trustrecht zal het antwoord op deze kwestie moeten geven, maar dit zal niet altijd gemakkelijk kunnen wanneer dat rechtstelsel het hier genoemde onderscheid niet kent.

b) Interne werking van de onbevoegdheid

In het eerste geval is er van een beschikkingsonbevoegdheid van de trustee geen sprake. Dientengevolge wordt de verkrijger rechthebbende door de levering van die goederen krachtens geldige titel. Van enigerlei mogelijkheid voor de begunstigde om de goederen van die verkrijger terug te vorderen is naar Nederlands recht dan geen sprake. Met andere woorden, de trustee *mag* niet overdragen, maar *kan* het wel. Aan eventuele derdenbescherming bestaat in deze opvatting geen behoefte.

Bij een dergelijk gevolg van een erkenning van een buitenlandse trust is er wat dit aspect betreft in feite geen verschil met de huidige in Nederland bestaande mogelijkheid van de eigendom ten titel van beheer. Ook hierbij mag de 'eigenaar' de goederen niet in strijd met de in de beheersovereenkomst gemaakte afspraken vervreemden. Doet hij dit echter toch, dan resulteert dat slechts in een wanprestatie van hem jegens de economisch belanghebbende. De derde aan wie dat goed geleverd is heeft in beginsel dus niets te vrezen.

c) Externe werking van de onbevoegdheid

De tweede mogelijkheid is dat aan de beperkingen van de trustee externe werking wordt toegekend. Hierbij zou hij de derde geen recht-hebbende *kunnen* maken. Dit geval stelt de principiële kwestie aan de orde welke betekenis moet worden toegekend aan het feit dat de trustee als rechthebbende op de trustactiva moet worden beschouwd (vgl. art. 2 lid 2 sub b Verdrag). Zoals onder andere blijkt uit de hierboven¹⁰²⁾ geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis, vormt beschikkingsbevoegdheid naar Nederlands recht een van de wezenlijke onderdelen van het zijn van rechthebbende, dat slechts in geval van bijzondere omstandigheden als bijvoorbeeld faillissement en surséance van betaling wordt beperkt. Het is de vraag of een trustverhouding een dergelijke beperking rechtvaardigt. Ook al zou een externe werking aan de trust door het toepasselijke trustrecht worden geboden, dan hoeft dit nog niet automatisch te betekenen dat dit ook in Nederlandse verhoudingen zo is. Of vloeit dit noodzakelijkerwijze voort uit aanvaarding van het Verdrag door Nederland? De hier bedoelde externe werking betreft in de meeste truststelsels immers een wezenlijk aspect van het trustrecht, zodat afwijzing daarvan op gespannen voet lijkt te staan met de intenties van het Verdrag.

Hoewel de kwestie van de externe werking van de trust ten opzichte van derden-verkrijgers van de trustee als één van de wezenlijk van ons recht afwijkende elementen van de trust kan worden beschouwd, be-

¹⁰²⁾ Zie hoofdstuk 2.

steedt het Verdrag aan deze kwestie slechts summierlijk aandacht. In art. 11 lid 3 sub d Verdrag wordt aan de begunstigde de bevoegdheid gegeven om trustactiva terug te vorderen¹⁰³⁾ wanneer de trustee daarover – in strijd met de op hem rustende trustverplichtingen – heeft beschikt. Dit lijkt te duiden op zaaksgevolg. En ofschoon men als continentaal jurist enige moeite met deze consequentie – althans zonder uitwerking in onze wet – zou kunnen hebben, is zij een noodzakelijk gevolg van aanvaarding van het Verdrag. Ook zonder inpassing in bijvoorbeeld de WCT heeft het Verdrag ingevolge art. 94 Grondwet voorrang, zodat een Nederlandse rechter de ‘zakelijke’ actie van art. 11 lid 3 sub d Verdrag aan de begunstigde lijkt te moeten toestaan; uiteraard voor zover het toepasselijke trustrecht dat toestaat.

10.1.2 Beperkingen op de externe werking van art. 11 lid 3 sub d Verdrag

Voordat deze conclusie mag worden getrokken zal eerst nog moeten worden bekeken of en in hoeverre de uitzonderingen van art. 15 Verdrag daarin eventueel nog een verandering aanbrengen. Hierin wordt immers de mogelijkheid open gelaten om bepaalde gevolgen van de erkenning van de trust als genoemd in art. 11 Verdrag buiten beschouwing te laten voor zover die zouden strijden met dwingendrechtelijke regels van het recht dat volgens het toepasselijke i.p.r. moet worden gevolgd. De opsomming van terreinen waarop dergelijke inbreuken op een erkenning van de trust kunnen plaatsvinden is niet limitatief, zij het dat de MvT terughoudendheid aanbeveelt.¹⁰⁴⁾ Denkbaar is aldus dat ondanks de erkenning van een buitenlandse trust op grond van art. 11 Verdrag, de Nederlandse rechter de hier bedoelde externe werking daaraan zou ontfangen op grond van dwingendrechtelijke regels van Nederlands (goederen)recht. In dit verband wil ik een tweetal categorieën regels nader onderzoeken: regels die betrekking hebben op de overdracht (vgl. art. 15 lid 1 sub d Verdrag) en regels die betrekking hebben op de bescherming van derden-verkrijgers (vgl. art. 15 lid 1 sub f Verdrag).

a) Dwingende regels aangaande overdracht (art. 15 lid 1 sub d Verdrag)

Men zou kunnen betogen dat het Nederlandse recht een dwingende regeling van de overdracht kent in die zin dat een levering van een goed krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde altijd tot overdracht leidt (art. 3:84 lid 1 BW). Slechts wanneer een goed niet

¹⁰³⁾ De Engelse tekst spreekt van ‘recovered’, terwijl de Franse tekst het begrip ‘revendication’ gebruikt. Zie ook Rapport nr. 113.

¹⁰⁴⁾ Zie MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 17. Vgl. ook W.M. Kleijn, t.a.p., blz. 211.

overdraagbaar is (vgl. art. 3:83 BW) of de beschikkingsbevoegdheid bij wet is ingeperkt¹⁰⁵⁾ zou overdracht niet kunnen plaatsvinden.¹⁰⁶⁾ De eventuele onoverdraagbaarheid van een goed is voor deze kwestie irrelevant. Resteert derhalve de mogelijkheid dat een wettelijke grondslag kan worden aangewezen voor beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee in die zin dat daaraan externe werking moet worden verleend. Biedt art. 4 WCT die grondslag?

Op het eerste gezicht zou men dit kunnen verdedigen. Ingevolge dit artikel laten immers de Nederlandse bepalingen terzake van eigendomsoverdracht de in art. 11 Verdrag genoemde rechtsgevolgen van een erkende trust onverlet. Een van die bepalingen is art. 3:84 lid 1 BW dat voor overdracht een levering krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde voldoende acht. Om nu toch het beoogde gevolg van art. 11 lid 3 sub d Verdrag te bereiken zouden deze drie vereisten onvoldoende moeten zijn om overdracht te bewerkstelligen wanneer de trustee in strijd met zijn verplichtingen trustbestanddelen vervreemdt. Voor een geldige overdracht zou dan op grond van art. 4 WCT tevens vereist zijn dat de trustee ook krachtens de trust tot vervreemding bevoegd is.

Mij lijkt dit een onvoldoende basis om externe werking aan een onbevoegdheidsverklaring te verbinden. Art. 4 WCT is immers bedoeld als reactie op de twijfel die – in het bijzonder ten aanzien van mogelijke toepasselijkheid van art. 3:84 lid 3 BW op de overdracht door de insteller aan de trustee – zou kunnen rijzen omtrent de geldigheid van een bepaalde trustoverdracht.¹⁰⁷⁾ Art. 4 WCT beoogt aldus de ontsappingsmogelijkheid van art. 15 lid sub d en e Verdrag te mitigeren. Het is bijvoorbeeld niet de bedoeling om met art. 4 WCT de eventuele toepasselijkheid van de Nederlandse overdrachtsformaliteiten opzij te zetten.¹⁰⁸⁾ Het getuigt m.i. dan van een – te – creatieve wetsuitleg wanneer men op basis van dit art. 4 WCT voor de ‘Haagse trust’ een extra overdrachtsvereiste aan de trustee als vervreemder zou mogen stellen, namelijk dat hij op grond van de trust tot een dergelijke overdracht bevoegd moet zijn. Zie in dit verband de duidelijke stellingname van de opstellers van het Verdrag dat het nooit de bedoeling is geweest om aan de civil law stelsels een eigen trustfiguur op te dringen.¹⁰⁹⁾

¹⁰⁵⁾ Zie hierboven 10.1.1.

¹⁰⁶⁾ Eventuele gebreken in de titel resp. leveringsformaliteiten laat ik hier buiten beschouwing. Zij zijn op de onderhavige kwestie niet van invloed.

¹⁰⁷⁾ Zie de wetsgeschiedenis bij deze bepaling, MvT WCT (23027, nr. 3), blz. 17-18 en hoofdstuk 2 hierboven.

¹⁰⁸⁾ Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat het toepasselijke trustrecht voor de overdracht van de verschillende soorten goederen andere leveringsformaliteiten verlangt dan het Nederlands recht.

¹⁰⁹⁾ Zie Rapport nr. 14: ‘In this connection it should be emphasized that there was never any question of introducing the trust into the civil law countries, but simply of furnishing to their judges the instruments which are appropriate to grasp this legal device’.

Wanneer het derhalve de bedoeling zou zijn om voor ons Nederlandse recht aan eventuele onbevoegdheid van de trustee externe werking te verlenen, zal in mijn ogen de Nederlandse wetgever bij de invoering van het Verdrag een wettelijke voorziening hiertoe moeten opnemen. Deze kan op twee manieren worden ingericht: ofwel in de wet een extra overdrachtsvereiste opnemen wanneer een trustee trustactiva wenst over te dragen (namelijk dat hij daartoe ingevolge het toepasselijke trustrecht bevoegd is); ofwel in een bepaling vastleggen dat de trustee terzake van trustactiva beschikkingsonbevoegd is, behoudens voor zover hem krachtens het toepasselijke trustrecht een bevoegdheid daartoe is gegeven. Het resultaat is in beginsel hetzelfde, zij het dat eventuele derdenbeschermingsregelingen een verschillende basis zullen hebben. In de laatste oplossing zal die bescherming op basis van de bestaande regeling van art. 3:86-88 BW kunnen worden geboden. In de eerste oplossing hooguit naar analogie; van een beschikkingsonbevoegdheid van de trustee is dan immers geen sprake.

b) Dwingende regels van derdenbescherming (art. 15 lid 1 sub f Verdrag)

Een andere mogelijke beperking van de door art. 11 Verdrag beoogde externe werking van een onbevoegde vervreemding door de trustee is gelegen in eventuele dwingendrechtelijke regels van derdenbescherming (art. 15 lid 1 sub f Verdrag). Deze verwijzing naar – in dit geval – onze derdenbeschermingsregels is niet via de WCT buiten toepassing verklaard, zoals in wezen gebeurd is met de bepalingen van art. 15 lid 1 sub d en e Verdrag in art. 4 WCT. Afhankelijk van de positie die men inneemt ten aanzien van het wel of niet blokkeren van de externe werking via onze dwingendrechtelijke overdrachtsregels als gevolg van art. 15 lid sub d Verdrag, komt men wel of niet toe aan de kwestie der derdenbescherming.

Neemt men aan dat art. 4 WCT onvoldoende grondslag biedt om de beschikkingsbevoegdheid van de trustee met externe werking te beperken, zoals ik hiervoor heb betoogd, dan komt men niet toe aan derdenbescherming: de verkrijger van de trustee heeft immers van een beschikkingsbevoegde verkregen. Hooguit is de trustee in zijn interne verhouding jegens de begunstigde (en wellicht ook jegens de insteller) aansprakelijk.

Wanneer men evenwel op grond van de strekking van het Verdrag art. 4 WCT zeer extensief zou willen uitleggen, zodat de externe werking van art. 11 Verdrag niet door ons recht wordt gedwarsboemd, dan bestaat er wel behoefte aan derdenbescherming. Hetzelfde geldt als de wetgever in navolging van mijn hierboven geuite suggestie alsnog een duidelijke voorziening in die richting in de WCT opneemt. In een der-

gelijke situatie moet vooropgesteld worden dat het Verdrag derdenbescherming via art. 15 lid 1 sub f uitdrukkelijk toelaat. Tijdens de voorbereiding is dit ook uitdrukkelijk van Nederlandse zijde bepleit.¹¹⁰⁾

10.1.3 Uitwerking van de derdenbescherming

Voor zover hier van belang vinden wij een dergelijke derdenbescherming in de regeling van art. 3:86-88 BW. Wanneer men de extern werkende onbevoegdheid van de trustee zou willen baseren op het niet voldaan zijn aan een extra – al dan niet in de wet opgenomen – overdrachtsvereiste dat de trustee tot de vervreemding gerechtigd is ingevolge de trustverhouding, rijst mogelijk een conceptueel probleem. Dan immers ontbeert ons recht een beschermingsbepaling, omdat de regeling van art. 3:86-88 BW er van uit gaat dat derdenbescherming slechts aan de orde komt wanneer door een beschikkingsonbevoegde is geleverd.¹¹¹⁾ Deze regeling is dus niet rechtstreeks van toepassing. Wanneer de begunstigde op grond van art. 11 Verdrag echter een ‘zakelijke’ actie zou hebben tegen de verkrijger van trustactiva, die door de trustee onbevoegdlijk zijn geleverd, zie ik er weinig bezwaar in om de regeling van art. 3:86-88 BW naar analogie toe te passen. Uitgaande van een trust naar een van de doorsnee Anglo-Amerikaanse rechtssystemen geldt immers dat een verkrijger van – onbevoegd geleverde – trustactiva geen bescherming heeft tegen een opvordering door de begunstigde, wanneer hij te kwader trouw is of geen tegenprestatie heeft verricht. Enkel de zogenaamde ‘bona fide purchaser for value without notice’ wordt tegen die aanspraken beschermd. Dit betekent dat een dergelijke verkrijger niet hoeft terug te vallen op een beschermingsbepaling naar Nederlands recht voor een succesvol verweer tegen een opvordering door de begunstigde. Deze uitzondering komt grotendeels overeen met de criteria die – althans voor roerende zaken, niet-registergoederen – het Nederlandse recht aan bescherming stelt: verkrijging te goeder trouw anders dan om niet.¹¹²⁾

Ten aanzien van de vervreemding door de trustee van een goed waarop art. 3:88 BW van toepassing is, ligt de kwestie iets minder duidelijk. De Nederlandse regeling is immers niet zonder meer van toepassing op een ‘onbevoegde’ vervreemding door de trustee. Art. 3:88 BW verwijst immers naar de ongeldigheid van een vroegere overdracht en daarvan is in beginsel geen sprake. Dienaangaande lijkt bescherming

¹¹⁰⁾ Zie het Nederlands commentaar op de ontwerp-Verdragstekst, Actes et Documents, blz. 212-213.

¹¹¹⁾ Ik ga er hierbij vanuit dat de leveringsformaliteiten in acht genomen zijn en dat aan de levering door de trustee een geldige titel ten grondslag ligt.

¹¹²⁾ Zie omtrent de – m.i. – marginale verschillen, C.Æ. Uniken Venema, WPNR, t.a.p., 6093, § 12.2.

van de 'bona fide purchaser for value without notice' uitgesloten.

Naar het toepasselijke trustrecht zal een bescherming van een dergelijke koper echter wel tot de mogelijkheden behoren. Ik zie dan geen reden om de verkrijger niet te beschermen omdat art. 3:88 BW hem die bescherming zou onthouden. Art. 11 lid 3 aanhef j° sub d Verdrag koppelt de terugvorderingsmogelijkheid immers uitdrukkelijk aan de regeling van het op de trust toepasselijke recht.

De verkrijger om niet wordt in het toepasselijke trustrecht doorgaans niet beschermd. Voor zover art. 3:86 BW aan de orde zou komen geldt naar Nederlands recht dezelfde eis, zodat art. 15 lid sub f Verdrag niet tot een ander gevolg leidt. Hoewel art. 3:88 BW die eis niet stelt ten aanzien van de daar bedoelde goederen, zal dit de derde niet kunnen baten. Het geval van een onbevoegde vervreemding door de trustee valt immers niet onder de daar gegeven omschrijving.

Een verkrijger te kwader trouw, ook al verricht hij een tegenprestatie, wordt naar het toepasselijke trustrecht doorgaans evenmin beschermd tegen aanspraken van de begunstigde. Ook ons recht biedt een dergelijke verkrijger geen bescherming: de regeling van art. 3:86-88 BW verlangt immers goede trouw van de verkrijger. Aangezien goede trouw voorondersteld wordt, verschilt deze eis niet wezenlijk van de Anglo-Amerikaanse situatie.¹¹³⁾

Onder 'goede trouw' (vgl. ook art. 3:11 BW) moet in dit verband verstaan worden een weten (of behoren te weten) dat de trustee ingevolge de trust niet bevoegd was het betreffende goed te vervreemden, althans dat hij met zijn handelen zijn bevoegdheden uit hoofde van de trust overschreed. De enkele wetenschap dat het betreffende goed in trust is gegeven acht ik onvoldoende om kwade trouw aan te nemen.¹¹⁴⁾ Gezien het feit dat menige trust de trustee de bevoegdheid verleent om een of meer trustbestanddelen te vervreemden geeft een dergelijke wetenschap immers geen uitsluitel daarom trent. Wel kan die wetenschap er toe leiden dat men strengere eisen aan de derde stelt ten aanzien van diens onderzoek naar mogelijke vervreemdingsverboden.

Wanneer geconcludeerd kan worden dat de derde-verkrijger geen on-aantastbaar recht heeft verworven als gevolg van een levering in 'breach of trust' en hij niet beschermd wordt, betoogt Uniken Venema dat die derde dan via een - toegelaten - 'constructive trust' die trust-

¹¹³⁾ Zie ook C.Æ. Uniken Venema, t.a.p., WPNR 6093, § 12.2. Een theoretisch verschil zou men kunnen betogen onder verwijzing naar de 'voorgangerseis' van art. 3:87 BW: wanneer de aangesprokene zijn voorman niet kan noemen is hij niet te goeder trouw in de zin van art. 3:86 BW. Als hij echter niet op de hoogte was van een overschrijding van de trustbevoegdheden door de trustee is hij niet te kwader trouw. Ik acht het echter onwaarschijnlijk dat zich een dergelijke situatie zal voordoen: de derde wordt immers door de begunstigde aangesproken, omdat hij van de trustee verkregen heeft. In het academische geval dat deze kwestie zou spelen, zou de begunstigde m.i. geen aanspraak jegens de verkrijger hebben.

¹¹⁴⁾ Zie ook C.Æ. Uniken Venema, t.a.p., WPNR 6093, § 12.1.

goederen als trustee voor de begunstigde zou houden.¹¹⁵⁾ Met hem meen ik dat noch uit het Verdrag noch uit de WCT overwegende bezwaren tegen deze 'aanvullende vorm' van de 'constructive trust' kunnen worden afgeleid. Of men deze consequentie ook werkelijk wil is in mijn ogen echter een (rechts)politieke kwestie. Hierbij komt nog dat de reikwijdte van deze 'tweedegraads' trust beperkt zal zijn. Bij registergoederen zal de mogelijkheid van de vermelding van de trust in het register snel duidelijkheid scheppen. Bij roerende zaken, niet-registergoederen zal via art. 3:86 BW normaliter snel de last van de trust zijn verdwenen. Zelfs wanneer wij geneigd zouden zijn om een soort Nederlandse trust te creëren waarbij gebruik wordt gemaakt van een afgescheiden vermogen met externe werking, heb ik ernstige twijfels of wij hierop de rechtsfiguur van de 'constructive trust' moeten loslaten.

10.1.4 Derden-houders als bedoeld in art. 11 lid 3 sub d, slot, Verdrag

Een aparte rol lijkt tenslotte te zijn weggelegd voor de derden, vermeld in de slotzin van art. 11 Verdrag. Op grond van deze bepaling, die verwijst naar de onmiddellijk daaraan voorafgaande regel dat de begunstigde gerechtigd is de door de trustee onbevoegd vervreemde trustgoederen op te vorderen, moet de positie van de daar genoemde derden worden beoordeeld aan de hand van de regels van het los van het trustrecht toepasselijke recht. Deze verwijzing naar dit toepasselijke recht is niet beperkt tot dwingendrechtelijke regels zoals art. 15 Verdrag noch tot een bescherming van derden te goeder trouw. Men zou daaruit kunnen afleiden dat de positie van derden-verkrijgers volledig volgens het interne recht moet worden beoordeeld, maar dat is niet zo bedoeld. Het artikel ziet uitsluitend op derden-houders.¹¹⁶⁾ Blijkens de toelichting is deze toevoeging op voorstel van de banken opgenomen om vooral hen te beschermen tegen onverwachte aansprakelijkheden die uit de trust zouden kunnen voortvloeien onder het op de trust toepasselijke recht.¹¹⁷⁾ Het is niet bedoeld om derden-verkrijgers van een trustee die in strijd met zijn trustbevoegdheden trustgoederen vervreemd heeft te beschermen. Ten aanzien van de externe werking van de trust ten opzichte van derden-verkrijgers speelt deze bepaling derhalve geen rol.

¹¹⁵⁾ C.Æ. Uniken Venema, t.a.p., WPNR 6095, § 13 en 14.

¹¹⁶⁾ Zie de originele Franse en Engelse teksten van deze bepaling die spreken over 'tiers détenteur' resp. 'third party holder'.

¹¹⁷⁾ Zie Rapport nr. 113 e.v.

10.1.5 Bezware van de trustactiva door de trustee

Hetgeen hierboven gesteld is ten aanzien van de gevolgen ener vervreemding door de trustee geldt *mutatis mutandis* ook voor diens bezware van de trustactiva. De vestiging van een beperkt recht op een of meer trustgoederen verlangt immers ook beschikkingsbevoegdheid van de trustee (art. 3:98 j° 84 lid 1 BW). In beginsel spelen dan ook dezelfde kwesties als hierboven bij de vervreemding zijn behandeld. Op één terrein echter zijn de gevolgen iets anders. Dit is het geval wanneer de trustee bepaalde roerende trustzaken aan een derde in vuistpand heeft gegeven.

Neemt men aan dat de trustee hiertoe – met externe werking – niet bevoegd is, dan zal de derde mogelijk beschermd kunnen worden langs de weg van art. 15 lid 1 sub f Verdrag. De toepasselijke dwingendrechtelijke bepaling van Nederlands recht is dan art. 3:238 BW. Anders dan art. 3:86 BW verlangt die bepaling naast goede trouw geen tegenprestatie van de pandhouder.¹¹⁸⁾ Bovendien is de bescherming gekoppeld aan de feitelijke macht van de zaak. Wanneer nu de trustee ingevolge het toepasselijke trustrecht niet bevoegd is om trustbestanddelen tot zekerheid voor bijvoorbeeld privé-schulden te verpanden, dan mist een dergelijke beperking van de bevoegdheid van de trustee externe werking in het zojuist beschreven geval: de derde-(vuist)pandhouder wordt beschermd tegen aanspraken van de begunstigde.

10.2 Derden-schuldeisers van de trustee

De andere categorie derden met wie de begunstigde in conflict kan raken betreft die van de schuldeisers van de trustee. Zoals hierboven in hoofdstuk 1 is behandeld zouden de trustactiva waarvan de trustee rechthebbende is zonder bijzondere wettelijke regeling vatbaar zijn voor verhaal door diens schuldeisers. Bij insolventie zouden die activa immers ook tot de boedel behoren. Omdat het aspect van het afgescheiden vermogen voor de trust wezenlijk is, heeft Nederland met art. 4 WCT aansluiting proberen te zoeken bij die idee en daarmee buiten twijfel willen stellen dat een overdracht aan een trustee – ook al leidt dit niet tot een verhaalsobject voor diens schuldeisers – niettemin geldig is.¹¹⁹⁾ Dientengevolge zal een begunstigde geen last moeten hebben van schuldeisers van de trustee die op trustactiva onder de trustee ver-

¹¹⁸⁾ Hoewel die meestal in de onderliggende titel (doorgaans de kredietfaciliteit) ligt besloten, hoeft dit niet per definitie het geval te zijn; bijvoorbeeld wanneer de vestiging van het pandrecht dient als extra zekerheid.

¹¹⁹⁾ Zie hoofdstuk 2.

haal pogen te nemen. Op deze plaats rijst dan de vraag hoe de begunstigde hiertegen kan opkomen.

10.2.1 Faillissement en surséance van betaling

In surséance of faillissement zal de begunstigde de bewindvoerder resp. curator van de trustee moeten attenderen op de bijzondere status van de trustactiva. Gegeven het afgescheiden vermogen zal de bewindvoerder resp. curator die status moeten respecteren. Het zal vervolgens van het op de trust toepasselijke recht afhangen wat de bewindvoerder resp. curator met die activa moet doen. Met zijn bemoeienissen samenhangende kosten zou de bewindvoerder resp. curator naar mijn mening zonnodig moeten kunnen verhalen op die trustactiva. Dienaangaande verschilt hij niets van andere crediteuren terzake van het trustvermogen. Toch kunnen de bij de trust betrokken personen wel enige hinder ondervinden van die surséance resp. faillissement. Hierbij denke men aan de invloed van bijvoorbeeld de afkoelingsperiode van art. 241a resp. 63a Fw. De hierin gelegen opvorderingsbeperking is namelijk onafhankelijk van de vraag of bepaalde goederen wel of niet tot de boedel behoren. Voor zover een goed zich in de macht van de gefailleerde bevindt wordt het door een afkoelingsperiode getroffen. Anders dan bijvoorbeeld wel terzake van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken wordt betoogd,¹²⁰⁾ acht ik de bewindvoerder resp. curator niet bevoegd de trustgoederen te gebruiken of te verwerken. Voor zover namelijk de ratio van de afkoelingsperiode is gelegen in het aan de bewindvoerder resp. curator een mogelijkheid bieden om voortzetting voor de activiteiten van de sursiet resp. failliet te onderzoeken, mogen trustgoederen daarin geen rol spelen. Althans niet wanneer de trustee geen bevoegdheid heeft om die goederen te gebruiken of te verwerken. Dit is anders bij onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken.

Omdat de trustgoederen een afgescheiden vermogen vormen en niet in de failliete boedel vallen, zal de curator die goederen ook anderzins niet te gelde mogen maken. Omgekeerd zal de begunstigde in beginsel niet als faillissementscrediteur kunnen opkomen, behoudens uiteraard ingeval de trust heeft geleid tot persoonlijke aansprakelijkheid van de trustee.

10.2.2 Beslag

Hetgeen hierboven is gesteld omtrent de onvatbaarheid voor het faillissement en de surséance van betaling geldt a fortiori voor het beslag dat door een schuldeiser op een trustbestanddeel is gelegd. Gesteld dat

¹²⁰⁾ Zie bijvoorbeeld S.J.C.C. Kortmann, De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving, Financiering en aansprakelijkheid (Zwolle 1994), blz. 152 e.v.

om welke reden dan ook een schuldeiser van de trustee op bepaalde trustactiva beslag heeft gelegd, welke mogelijkheden biedt ons recht de begunstigde of de trustee dan om daartegen op te komen? Laten wij hiertoe de afzonderlijke categorieën goederen eens nader beschouwen.

Wanneer het trustactief bestaat uit *roerende zaken, niet-register-goederen* waarop beslag is gelegd, biedt art. 456 Rv een verzetmogelijkheid aan degene aan wie de zaak toebehoort – hetgeen hier niet het geval is, omdat de trustee eigenaar is – of aan wie een recht op die zaak toekomt dat door de executant geëerbiedigd moet worden. Als het recht van de begunstigde niet in acht dreigt te worden genomen kan deze zich tegen de verkoop verzetten.

Een bijzonder probleem kan zich voordoen wanneer de roerende zaak een zogenaamde ‘bodemzaak’ in de zin van art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990 is. Immers, ten aanzien van die categorie zaken hoeft de beslagleggende Ontvanger geen verzet door derden te dulden. Ingevolge de Leidraad Invordering (art. 22 § 5 lid 2) zal reële eigendom van derden niettemin worden gerespecteerd. Aangezien het hier niet gaat om een ‘eigendomsclaim’ van de begunstigde, maar in feite een vordering tot afscheiding van het privé vermogen van de trustee, rijst de vraag of de Ontvanger die aanspraak ook zou moeten respecteren.

Uitgangspunt is dat de beslissing van de Directeur der Directe Belastingen op een bezwaarschrift tegen de voorgenomen executie niet alleen afhankelijk behoort te zijn van juridische overwegingen; ook voor overwegingen van billijkheid en eisen van goed beleid dient een grote plaats te worden ingeruimd, aldus de Leidraad. Hieraan wordt toegevoegd dat verhaal op goederen van derden doorgaans gerechtvaardigd kan zijn wanneer de economische verhouding tussen belastingschuldige en de zaken aanleiding geeft ze als zijn zaken aan te merken en de omstandigheid dat juridisch de zaken aan een ander toebehoren in hoofdzaak is geschapen om verhaal op de zaken ten laste van de belastingschuldige uit te sluiten of om te bereiken dat een derde zich bij voorrang op die zaken kan verhalen. Van een dergelijke situatie is naar mijn mening geen sprake. Eerder geldt het tegendeel: de trustee is juridisch eigenaar en men kan zich afvragen of er voor de Ontvanger niet veeleer reden is om zich op trustactiva bij de trustee te verhalen voor belastingschulden van de begunstigde. In het theoretische geval dat roerende trustzaken zich op de bodem van de begunstigde bevinden zou de Ontvanger na beslaglegging een eventueel verzet door de trustee kunnen bestrijden met een beroep op art. 22 § 5 Leidraad Invordering: de begunstigde geldt als economisch belanghebbende.

Is het trustactief een *vordering* op een derde, bijvoorbeeld een creditsaldo op een bankrekening, dan wordt het van belang om te weten of de kwaliteit van trustee als zodanig bij de debiteur bekend is. Immers, bij een derdenbeslag onder die debiteur ten laste van de trustee privé, zal het hiervan afhangen of hij zal verklaren wel of niets aan de trustee privé schuldig te zijn (art. 476a Rv). Wanneer niet blijkt van de bijzondere hoedanigheid van trustee, dan zal de begunstigde daartegen in beginsel niets kunnen doen. Is dat echter wel het geval, dan kan de derde-beslagene zich op grond van art. 11 lid 3 sub a Verdrag j° 4 WCT op het standpunt stellen dat hij niets aan de trustee in privé verschuldigd is.

Bij beslag op *aandelen op naam* bevat de wet in art. 474g lid 2 Rv een mogelijkheid om de begunstigde tegen executie in verzet te laten komen. Bij de behandeling van het verzoek om tot verkoop van de aandelen over te mogen gaan is de rechtbank namelijk bevoegd – zij het niet verplicht – andere belanghebbenden dan de daar genoemden op te roepen om ter zitting te verschijnen. Ik zie geen reden om de begunstigde hiervan uit te sluiten. Uiteraard zal de rechtbank wel van het bestaan van de begunstigde op de hoogte moeten zijn. Denkbaar is dat dit gebeurt doordat uit het aandeelhoudersregister blijkt dat de trustee de aandelen niet privé, maar q.q. bezit. Hoewel dit niet uit het derde lid valt op te maken, staat het m.i. de rechtbank vrij om in dat geval de verkoop niet toe te staan. In het eerste lid wordt immers uitdrukkelijk aan de rechtbank de bevoegdheid gegeven om te bepalen dat tot verkoop en overdracht kan worden overgegaan.

Bij *registergoederen* geldt m.i. iets soortgelijks als bij de twee voorgaande categorieën: het moet duidelijk zijn dat de trustee ten aanzien van dat goed in zijn hoedanigheid als rechthebbende geldt. In dat geval lijkt mij dat de begunstigde behoort tot de kring van ‘anderen’ wier recht de executant moet eerbiedigen met als gevolg dat de begunstigde krachtens art. 538 Rv tegen verkoop in verzet kan komen. Deze bepaling is ook van toepassing bij een executie van een in beslag genomen octrooi ingevolge art. 41 lid 5 Rijksoctrooiwet. Daarom geldt bij een dergelijk beslag m.i. hetzelfde. Voor zover mogelijk ben ik geneigd ook bij eventuele executies op andere intellectuele eigendomsrechten een redenering analoog aan de regeling van art. 456 resp. 538 Rv te volgen.

11. De rechtspositie van de begunstigde gedurende de looptijd van de trust

11.1 De invloed van origineire wijzen van eigendomsverkrijging

Trustbestanddelen kunnen niet alleen via een onaantastbare overdracht aan derden – hetzij krachtens het op de ‘Haagse trust’ toepasselijke recht, hetzij krachtens dwingendrechtelijke bepalingen van Nederlands recht – aan het afgescheiden trustvermogen worden onttrokken. Dit kan wellicht ook gebeuren door origineire wijzen van eigendomsverkrijging door derden of de trustee in de vorm van natrekking, vermenging of zaaksvorming. Voorts kan ook nog worden gedacht aan de zogenaamde ‘oneigenlijke vermenging’ als gevolg waarvan de houder van oneigenlijk vermengde zaken iedere opvordering kan afweeren.¹²¹⁾ Wat zijn hiervan de consequenties voor de goederenrechtelijke positie van de trustactiva?

De vraag lijkt simpel te beantwoorden. In ieder geval geldt ten aanzien van de drie eerstgenoemde rechtsfiguren dat zij tot de dwingendrechtelijke bepalingen van ons recht moeten worden gerekend. En hoewel zij als zodanig niet in de opsomming van art. 15 Verdrag zijn opgenomen, heb ik weinig moeite aan te nemen dat deze dwingendrechtelijke bepalingen de gevolgen van een erkenning van een trust op grond van het Verdrag beïnvloeden. Die opsomming is immers niet limitatief. Dus wanneer een trustzaak door natrekking bestanddeel van een andere zaak zou worden, is het daarmee uit het – afgescheiden – trustvermogen verdwenen. Is er geen hoofdzaak aan te merken, dan leidt dit tot een medegerechtigdheid op de voet van art. 5:14 lid 2 BW tussen de oorspronkelijke rechthebbenden. In verband met de gelijkschakeling van de regels van vermenging met die van natrekking geldt daarvoor hetzelfde. Voor zaaksvorming bevat de wet weliswaar andere regels,¹²²⁾ maar in wezen geldt daarbij hetzelfde: als die regels er toe leiden dat de oorspronkelijke trustzaak teniet is gegaan en een derde daarvan eigenaar is geworden, is er van een goederenrechtelijke aanspraak door bijvoorbeeld de trustee of begunstigde geen sprake.

Complicaties lijken zich pas voor te doen wanneer het niet een derde is die op deze manier (mede)eigenaar wordt, maar de trustee. Waar deze die zaken eerst als afgescheiden vermogensbestanddelen diende te be-

¹²¹⁾ Zie omtrent deze rechtsfiguren naast de verschillende handboeken tevens de onlangs verschenen monografie van H.A.G. Fikkers over dit onderwerp: *Natrekking, vermenging en zaaksvorming, Ars Aequi Cahiers – Privaatrecht 4* (Nijmegen 1994).

¹²²⁾ Vooral wanneer art. 5:16 lid 2 BW (de eigenlijke hoofdregel van zaaksvorming) van toepassing is.

schouwen rijst de vraag of dit niet ook ten aanzien van de nieuwe zaken moet gebeuren.

Bij *zaaksvorming* heb ik daar weinig moeite mee. Dit zou betekenen dat wanneer de trustee bijvoorbeeld bepaalde trustzaken omvormt tot nieuwe zaken, hij die volgens mij wederom in trust zal moeten houden. Dogmatisch kan dit worden verklaard door de trustee privé als 'instrument' te beschouwen voor het afgescheiden trustvermogen dat de nieuwe zaken via de trustee 'doet vormen' in de zin van art. 5:16 lid 2 BW.

Bij *natrekking* ligt de situatie meer gecompliceerd. Als een bepaalde trustzaak op grond van de criteria van art. 3:4 BW of 5:14 lid 3 BW als bestanddeel van een andere zaak moet worden beschouwd, gaat zij als afzonderlijke zaak teniet: zij 'groeit aan' bij de eigendom van de hoofdzak. Zie in dit verband art. 5:3 BW dat een mogelijke uitweg biedt door de zinsnede 'voor zover de wet niet anders bepaalt'. Verdedigbaar is de stelling dat een dergelijke uitzondering zou moeten worden aangenomen op grond van de (wettelijke)¹²³⁾ regel van art. 11 lid 3 sub d Verdrag. Een dergelijke oplossing verdient m.i. echter niet de schoonheidsprijs, los van de naar mijn mening ontkennend te beantwoorden vraag of deze uitzondering voor ons recht wenselijk zou zijn. Het zou immers leiden tot doorbreking van ons goederenrechtelijke systeem. Zou de Nederlandse wetgever een dergelijke consequentie niettemin beogen, dan dient hij bij voorkeur een daartoe strekkende bepaling in de invoeringswet op te nemen.

Terzake van '*eigenlijke*' *vermenging* geldt min of meer hetzelfde verhaal. Mogelijk ligt dit anders door de uitdrukkelijke verwijzing in art. 11 lid 3 sub d Verdrag dat als een van de minimumgevolgen van de erkenning van een trust op grond van het Verdrag moet gelden dat bij vermenging er een opvorderingsmogelijkheid zou moeten bestaan. Hoe zich dit echter zou moeten realiseren bij de '*eigenlijke*' vermenging tot één zaak (art. 5:15 BW) is mij niet duidelijk, zeker wanneer de vermenging niet meer ongedaan kan worden gemaakt. De toelichting op het Verdrag zwijgt op dit punt. De enige mogelijkheid voor een '*goederenrechtelijke*' aanspraak is in mijn ogen gelegen in de toepasselijkheid van art. 5:14 lid 2 BW via art. 5:15 BW: medeëigendom ten behoeve van trustee privé en q.q.

Bij de '*oneigenlijke*' *vermenging* zie ik meer mogelijkheden om het trustvermogen te beschermen op grond van art. 11 lid 3 sub d Verdrag. De - materiële - eigendomsverkrijging bij oneigenlijke vermenging wordt immers gebaseerd op de - formele - onmogelijkheid voor de verliezende eigenaar om diens eigendomsrechten te bewijzen in geval van tegenpraak door de houder. Via de vermoedens van art. 3:109 en 119 BW wordt deze geacht de eigenaar van alle vermengde zaken te zijn. In het

¹²³⁾ Zie art. 94 Grondwet.

geval van oneigenlijke vermenging van trustbestanddelen met privébestanddelen van de trustee zou ik op grond van genoemde Verdragsbepaling willen aannemen dat dat bewijsvermoeden opzij wordt gezet; niet de begunstigde (of een mede-trustee) moet bewijzen dat bepaalde zaken trustzaken zijn, maar de trustee moet aantonen dat bepaalde zaken zijn privé-zaken zijn. Omkering van het bewijsvermoeden in dit geval acht ik ook gerechtvaardigd door de bijzondere positie die een trustee in common law stelsels inneemt op basis van de 'fiduciary relationship': inherent aan de hoedanigheid van trustee is dat deze zijn eigen belang altijd achter moet stellen bij het belang van de trust. Een treffende beschrijving van de taak van een trustee geeft Martin:

'The office of trustee is an onerous one. (...) In the performance of his office a trustee must act exclusively in the interest of the trust. He stands to gain nothing from his work (...). He is required to observe the highest standards of integrity (...) and he is subjected to onerous personal liability if he fails to reach the standards set. Nor may he compete in business with the trust; or be in the position in which his personal interests conflict with those of the trust.'¹²⁴⁾

Het effect van deze omkering van het bewijsvermoeden is dat de aldus oneigenlijk vermengde zaken als geheel tot het afgescheiden vermogen van de trustee gaan behoren, tenzij de trustee het tegendeel bewijst. Steun voor deze opvatting lijkt gevonden te kunnen worden in het al vaker genoemde art. 11 lid 3 sub d Verdrag. Naast de doorwerking van de trust bij een onbevoegde vervreemding bevat deze bepaling ook een regeling voor het geval van vermenging van trustactiva met eigen activa van de trustee. In dat geval mogen die trustactiva weer teruggevorderd worden. De vraag is echter hoe. De bijzondere positie van de begunstigde in een trustverhouding geeft overigens aanleiding tot meer vragen. In een ruimer verband kan zo de vraag worden gesteld hoe de begunstigde zijn rechten ten aanzien van de trustactiva jegens de trustee geldend kan maken. Wat is bijvoorbeeld de status van de rechten die de begunstigde jegens de trustee heeft uit hoofde van de trust? Zijn deze rechten overdraagbaar; is de positie van begunstigde overdraagbaar? Wat gebeurt er aan het einde van de trust; hoe verkrijgt de begunstigde de rechten op de trustactiva?

11.2 Trustrechtelijke aanspraken van de begunstigde op de trustee

De relatie trustee-begunstigde in een 'Haagse trust' wordt beheerst door het op de trust toepasselijke recht, aldus art. 8 sub g Verdrag. Het Nederlandse recht is daarop niet van invloed, behoudens de algemene uitzonderingen van art. 16 ('voorrangregel') en 18 ('openbare

¹²⁴⁾ Zie Hanbury & Martin, t.a.p., biz. 469-470.

orde') Verdrag. Vragen die deze interne relatie betreffen blijven daarom verder buiten beschouwing. Ook de vraag of en in hoeverre de begunstigde bepaalde rechten uit die trustverhouding of zelfs de positie van begunstigde in zijn geheel aan derden mag overdragen is een vraag die aan de hand van de regels van het toepasselijke trustrecht zal moeten worden opgelost. De criteria van art. 3:83 BW spelen hierbij geen zelfstandige rol. Gesteld echter dat het toepasselijke trustrecht die overdracht toelaat, hoe moet dit ten aanzien van een Nederlands trustbestanddeel worden uitgewerkt?

Wanneer er sprake is van een overdracht ('assignment') van het 'beneficial interest' van de begunstigde aan een ander,¹²⁵⁾ dan verkrijgt deze in beginsel dezelfde rechtspositie als de begunstigde voorheen had. Goederenrechtelijk behoeft er dan geen actie te worden ondernomen, behalve wanneer bij de vermelding van de hoedanigheid van de trustee tevens vermeld staat ten behoeve van wie. Dan zal in de registers daarin een wijziging moeten worden aangebracht. Net zo min als de vermelding zelf, is een dergelijke wijziging een constitutief vereiste voor het ontstaan van de beoogde nieuwe situatie.

Een andere denkbare constructie is een aanwijzing door de begunstigde om (bepaal)de trustactiva voortaan voor een andere begunstigde te gaan houden.¹²⁶⁾ Anders dan in de vorige situatie wordt hierbij een actieve rol aan de trustee toebedeeld. In gevolgen maakt het echter geen verschil, zodat het zojuist gestelde mutatis mutandis ook hier geldt.

Als de begunstigde zijn rechten uit de trustverhouding vervreemdt of bezwaart zullen die slechts ten laste van het trustvermogen verhaald mogen worden, behoudens voor zover het toepasselijke trustrecht daarnaast persoonlijke aansprakelijkheid van de trustee jegens de begunstigde aanneemt. Bij een Nederlandse trustee zullen de overige crediteuren van de trustee kunnen verlangen dat de nieuwe begunstigde zich van verhaal op de privé goederen van de trustee onthoudt. Dit is in feite het spiegelbeeld van het afgescheiden vermogen van art. 2 lid 2 sub a en 11 lid 1 Verdrag.

Niet alleen een overgang van de positie van de begunstigde op een derde, maar ook wijzigingen in de rechtspositie van de begunstigde zelf veranderen in beginsel niet de verhouding tussen begunstigde en trustee. Men denke aan een opkomende handelingsonbekwaamheid van de begunstigde of beperkingen in diens beschikkingsbevoegdheid, bijvoorbeeld als gevolg van een faillissement of surséance van betaling. Zo verkeert de curator resp. bewindvoerder niet in een andere positie

¹²⁵⁾ Zie bijvoorbeeld Hanbury & Martin, t.a.p., blz. 83.

¹²⁶⁾ Zie Hanbury & Martin, t.a.p., blz. 83-85.

ten opzichte van de trustee dan de begunstigde.¹²⁷⁾

12. Aanspraken van de begunstigde op de trustee na afloop van de trust

Het op de trust toepasselijke recht zal bepalen wanneer de trust eindigt, aldus art. 8 sub h Verdrag. Dit recht beheerst ook de manier waarop de uitdeling van de trustactiva dan zal moeten plaatsvinden. De wijze waarop de begunstigde uiteindelijk rechthebbende wordt van trustactiva waarop het Nederlandse recht van toepassing is, betreft echter een kwestie die wordt geregeerd door het Nederlandse goederenrecht. Wanneer wij kijken naar de hiervoor in hoofdstuk 6 beschreven Nederlandse trustactiva zijn verschillende mogelijkheden denkbaar.

De meest eenvoudige mogelijkheid zou een automatische verkrijging zijn op het tijdstip waarop de trust eindigt, zonder dat daartoe nog enigerlei constitutieve handelingen of formaliteiten vereist zouden zijn. Hooguit zou de begunstigde vanaf dan de bevoegdheid hebben om – waar nodig – de registers aan te laten passen aan de nieuwe situatie. Uitgaande evenwel van juridische eigendom bij de trustee zal die rechtsovergang op de begunstigde ergens een wettelijke grondslag moeten hebben. In de WCT is die niet te vinden: art. 4 WCT schakelt weliswaar de Nederlandse overdrachtsbepalingen uit, maar slechts voor zover die aan de in art. 11 Verdrag genoemde gevolgen van de erkenning van een trust in de weg zouden staan. Art. 11 Verdrag bepaalt echter niets omtrent de rechtsovergang aan het einde van de trust. Ook overigens ontbreekt in ons recht een grondslag voor een automatische verkrijging door de begunstigde. Alleen wanneer men de trust als een vorm van ‘voorwaardelijke eigendom’ zou willen beschouwen,¹²⁸⁾ of als een beperkt recht met een ingebouwd beëindigingsmechanisme,¹²⁹⁾ zal een dergelijke automatische verkrijging juridisch afdoende gefundeerd kunnen worden.

Bij ontbreken van een automatische rechtsovergang zal aan het einde van de trust nog een afzonderlijke overdracht moeten plaatsvinden.¹³⁰⁾ Deze zal in overeenstemming met de vereisten van art. 3:84 e.v. BW moeten gebeuren om de begunstigde tot rechthebbende te maken. Een eventuele privé beschikkingsonbevoegdheid van de trustee zal die overgang niet kunnen weerhouden (vgl. art. 11 lid 3 sub b Verdrag in verband met art. 4 WCT). Dit wordt echter anders wanneer de trustee in

¹²⁷⁾ Vgl. voor Engeland bijvoorbeeld Hanbury & Martin bij de behandeling van de ‘discretionary trusts’, blz. 200.

¹²⁸⁾ Zie hierboven 5.1.

¹²⁹⁾ Zie hierboven 5.2.

¹³⁰⁾ Vgl. in dit verband ook hetgeen in hoofdstuk 9 is opgemerkt ten aanzien van de tussen tijdige vervanging en opvolging van een trustee.

diens hoedanigheid failliet verklaard is. Hoewel dit niet erg waarschijnlijk is, zie ik niet in waarom zich dat niet in voorkomend geval zou kunnen voordoen. Denk aan de situatie waarin de trustee een vervuild terrein in trust heeft en door de overheid gedwongen is om die grond te saneren. Wanneer het trustvermogen dan onvoldoende middelen biedt, lijkt een faillissement van het trustvermogen onvermijdelijk. Eventuele handelingsonbekwaamheid van de trustee, bijvoorbeeld door een tijdelijke geestelijke stoornis, zal slechts beperkte invloed hebben. De titel voor de overdracht is immers gelegen in de – reeds lang bestaande – trustverhouding. Wanneer die niet aantastbaar is, vormt de later opgekomen handelingsonbekwaamheid dat evenmin.¹³¹⁾

¹³¹⁾ In ieder geval niet bij de overdracht van roerende trustzaken, niet-registergoederen waarvoor geen zakelijke overeenkomst nodig is (zie laatstelijk nog weer eens J.H.M. van Swaaij, De problematische verhouding tussen de zakelijke overeenkomst en bezitsverschaffing, WPNR 6157, met verdere literatuurverwijzingen). Wanneer nog een rechtshandeling moet worden verricht in de vorm van het opmaken van een akte zouden zich hierbij mogelijk theoretische bezwaren kunnen voordoen.

BIJLAGEN

BIJLAGE I

VERDRAG inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts; 's-Gravenhage, 1 juli 1985, Tractatenblad 1985, nr. 141

Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Chapitre premier — Champ d'application

Art. 1. La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Art. 2. Aux fins de la présente Convention, la terme 'trust' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant — par acte entre vifs ou à cause de mort — lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a. les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b. le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- c. le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Art. 3. La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Art. 4. La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee*.

Art. 5. La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Convention on the law applicable to trusts and on their recognition

Chapter one — Scope

Art. 1. This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Art. 2. For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created — *inter vivos* or on death — by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristic —

- a. the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;
- b. title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- c. the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Art. 3. The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Art. 4. The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Art. 5. The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

Chapitre II — Loi applicable

Art. 6. Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Art. 7. Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

- a. du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;
- b. de la situation des biens du trust;
- c. de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;
- d. des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Art. 8. La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust. Cette loi régit notamment:

- a. la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee*;
- b. les droits et obligations des *trustees* entre eux;
- c. le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;
- d. les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;
- e. les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;
- f. les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;
- g. les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;
- h. la modification ou la cessation du trust;
- i. la répartition des biens du trust;
- j. l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Art. 9. Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

Chapter II — Applicable law

Art. 6. A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply.

Art. 7. Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.

In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to —

- a.* the place of administration of the trust designated by the settlor;
- b.* the situs of the assets of the trust;
- c.* the place of residence or business of the trustee;
- d.* the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

Art. 8. The law specified by Article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.

In particular that law shall govern —

- a.* the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;
- b.* the rights and duties of trustees among themselves;
- c.* the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;
- d.* the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;
- e.* the powers of investment of trustees;
- f.* restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;
- g.* the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;
- h.* the variation or termination of the trust;
- i.* the distribution of the trust assets;
- j.* the duty of trustees to account for their administration.

Art. 9. In applying this Chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law.

Art. 10. La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

Chapitre III — Reconnaissance

Art. 11. Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique. Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

- a) que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;
- b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;
- c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*;
- d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Art. 12. Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Art. 13. Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Art. 14. La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

Art. 10. The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law.

Chapter III — Recognition

Art. 11. A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust.

Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular —

- a.* that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
- b.* that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;
- c.* that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;
- d.* that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Art. 12. Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Art. 13. No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

Art. 14. The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

Chapitre IV — Dispositions générales

Art. 15. La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

- a. la protection des mineurs et des incapables;
- b. les effets personnels et patrimoniaux du mariage;
- c. les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;
- d. le transfert de propriété et les sûretés réelles;
- e. la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;
- f. la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Art. 16. La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois. A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Art. 17. Au sens de la Convention, le terme 'loi' désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Art. 18. Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Art. 19. La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Art. 20. Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.

Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

Chapter IV — General clauses

Art. 15. The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters —

- a. the protection of minors and incapable parties;
 - b. the personal and proprietary effects of marriage;
 - c. succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;
 - d. the transfer of title to property and security interests in property;
 - e. the protection of creditors in matters of insolvency;
 - f. the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.
- If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

Art. 16. The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.

If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph. Any Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this Article.

Art. 17. In the Convention the word 'law' means the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws.

Art. 18. The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Art. 19. Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

Art. 20. Any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions.

This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received.

Article 31 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention.

L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Art. 21. Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Art. 22. La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.

Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Art. 23. A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Art. 24. Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Art. 25. La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Chapitre V — Clauses finales

Art. 26. Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.

Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Art. 27. La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Art. 21. Any Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State.

Art. 22. The Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.

However, a Contracting State may reserve the right not to apply the Convention to trusts created before the date on which, in relation to that State, the Convention enters into force.

Art. 23. For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Art. 24. A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Art. 25. The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

Chapter V — Final clauses

Art. 26. Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, or at the time of making a declaration in terms of Article 29, make the reservations provided for in Articles 16, 21 and 22.

No other reservation shall be permitted.

Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

Art. 27. The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.

It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Art. 28. Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Art. 29. Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Art. 30. La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.

Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

- a. pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;
- b. pour tout Etat adhérent, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;
- c. pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Art. 28. Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 30, paragraph 1.

The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

The accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in Article 32. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Art. 29. If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Art. 30. The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 27.

Thereafter the Convention shall enter into force —

a. for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval;

b. for each acceding State, on the first day of the third calendar month after the expiry of the period referred to in Article 28;

c. for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 29, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that Article.

Art. 31. Any Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Art. 31. Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Art. 32. Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

- a.* les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;
- b.* la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;
- c.* les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;
- d.* les extensions visées à l'article 29;
- e.* les déclarations visées à l'article 20;
- f.* les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;
- g.* les dénonciations visées à l'article 31.

The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the notification is received by the depositary or on such later date as is specified in the notification.

Art. 32. The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands shall notify the States Members of the Conference and the States which have acceded in accordance with Article 28, of the following —

- a.* the signatures and ratifications, acceptances or approvals referred to in Article 27;
- b.* the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 30;
- c.* the accessions and the objections raised to accessions referred to in Article 28;
- d.* the extensions referred to in Article 29;
- e.* the declarations referred to in Article 20;
- f.* the reservations or withdrawals referred to in Article 26;
- g.* the denunciations referred to in Article 31.

VERDRAG INZAKE HET RECHT DAT TOEPASSELIJK IS OP TRUSTS EN INZAKE DE ERKENNING VAN TRUSTS

Hoofdstuk I — Toepassingsgebied

Art. 1. Dit Verdrag wijst het recht aan dat toepasselijk is op trusts en beheerst hun erkenning.

Art. 2. Voor de toepassing van dit Verdrag heeft de term trust het oog op de rechtsbetrekkingen die — bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods — in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer goederen onder de macht van een trustee worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel.

Een trust heeft de volgende kenmerken:

- a. de goederen van de trust vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;
- b. de rechtstitel met betrekking tot de goederen van de trust staat ten name van de trustee of ten name van een ander voor rekening van de trustee;
- c. de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de trust te besturen en te beheeren of er over te beschikken.

Het is niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het bestaan van een trust dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden of dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft.

Art. 3. Het Verdrag is slechts van toepassing op trusts die door een wilsuiting in het leven zijn geroepen en waarvan blijkt bij geschrift.

Art. 4. Het Verdrag is niet van toepassing op voorafgaande vragen betreffende de geldigheid van testamenten of andere rechtshandelingen krachtens welke goederen aan de trustee worden overgedragen.

Art. 5. Het Verdrag is niet van toepassing voor zover het recht dat door de bepalingen van Hoofdstuk II wordt aangewezen de rechtsfiguur trust of de betrokken vorm van trust niet kent.

Hoofdstuk II — Toepasselijk recht

Art. 6. De trust wordt beheerst door het door de insteller gekozen recht. De keuze moet uitdrukkelijk zijn of voortvloeien uit de bepalingen van de akte waarbij de trust is ingesteld of het geschrift waaruit van het bestaan daarvan blijkt, zonodig uitgelegd in het licht van de omstandigheden van het geval.

Wanneer het recht, dat volgens het voorgaande lid is gekozen, de rechtsfiguur trust of de betrokken vorm van trust niet kent, heeft de keuze geen rechtsgevolg en is het door artikel 7 aangewezen recht van toepassing.

Art. 7. Wanneer er geen rechtskeuze is gedaan, wordt de trust beheerst door het recht waarmee hij het nauwst verbonden is.

Om te bepalen met welk recht een trust het nauwst verbonden is, wordt in het bijzonder rekening gehouden met:

- a.* de door de insteller aangewezen plaats waar de trust wordt bestuurd;
- b.* de plaats waar de goederen van de trust zijn gelegen;
- c.* de plaats waar de trustee zijn verblijf of zijn kantoor heeft;
- d.* de doeleinden van de trust en de plaatsen waar zij moeten worden verwezenlijkt.

Art. 8. Het door artikel 6 of 7 aangewezen recht beheerst de geldigheid, de uitlegging en de rechtsgevolgen, alsmede het bestuur over de trust.

Dit recht beheerst met name:

- a.* de benoeming, het aftreden en het ontslag van de trustees, de bevoegdheid om als trustee op te treden en de overgang van de functie van trustee;
- b.* de onderlinge rechten en plichten van de trustees;
- c.* het recht van de trustees om de vervulling van hun verplichtingen of de uitoefening van hun bevoegdheden geheel of gedeeltelijk te delegeren;
- d.* de bevoegdheid van de trustees om de trustgoederen te besturen en er over te beschikken, om deze goederen met zekerheidsrechten te bezwaren en om nieuwe goederen te verwerven;
- e.* de bevoegdheid van de trustees om het trustvermogen te beleggen;
- f.* beperkingen met betrekking tot de duur van de trust en ten aanzien van de bevoegdheid van de trustees de opbrengsten van het trustvermogen te reserveren;
- g.* de betrekkingen tussen trustees en begunstigten, met inbegrip van de persoonlijke aansprakelijkheid van de trustees jegens de begunstig-

den;

h. de wijziging of beëindiging van de trust;

i. de verdeling van het trustvermogen;

j. de verplichting van de trustees van hun bestuur verantwoording af te leggen.

Art. 9. Bij de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk kan een afsplitsbaar onderdeel van de trust, in het bijzonder het bestuur, door een ander recht worden beheerst.

Art. 10. Het recht dat van toepassing is op de geldigheid van de trust bepaalt of dit recht of het recht dat een afsplitsbaar onderdeel beheerst, kan worden vervangen door een ander recht.

Hoofdstuk III — Erkenning

Art. 11. Een trust die in het leven is geroepen overeenkomstig het door de bepalingen van het voorafgaande hoofdstuk aangewezen recht wordt erkend als trust.

Die erkenning houdt tenminste in dat het trustvermogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de trustee en dat de trustee in zijn hoedanigheid van trustee als eiser of verweerder in rechte kan optreden en kan verschijnen voor een notaris of voor enig persoon die handelt in de uitoefening van een openbare functie.

Voorzover het recht dat toepasselijk is op de trust dit verlangt of bepaalt, brengt deze erkenning in het bijzonder mede:

a. dat de persoonlijke schuldeisers van de trustee geen verhaal hebben op het trustvermogen;

b. dat de trustgoederen geen deel uitmaken van het vermogen van de trustee in geval van diens insolventie of faillissement;

c. dat de trustgoederen geen deel uitmaken van enige huwelijksgoedengemeenschap waarin de trustee gehuwd mocht zijn noch van zijn nalatenschap;

d. dat de trustgoederen kunnen worden teruggevorderd in gevallen waarin de trustee deze, met schending van de verplichtingen die voor hem uit de trust voortvloeien, met zijn eigen vermogen heeft vermengd of deze heeft vervreemd. Niettemin blijven de rechten en verplichtingen van een derde die de goederen onder zich heeft, beheerst door de wet aangewezen door de verwijzingsregels van het forum.

Art. 12. De trustee die een roerend of onroerend goed, dan wel een daarop betrekking hebbende rechtstitel, in een register wil doen inschrijven, is gerechtigd inschrijving te verlangen in zijn hoedanigheid van trustee of op zodanige andere wijze dat van het bestaan van de

trust blijkt voorzover zulks niet door het recht van de Staat, waar inschrijving wordt verlangd, verboden wordt of daarmee onverenigbaar is.

Art. 13. Geen Staat is gehouden een trust te erkennen waarvan de kenmerkende elementen, afgezien van de keuze van het toepasselijk recht, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met Staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van trust niet kennen.

Art. 14. Het Verdrag laat de toepassing van rechtsregels die gunstiger zijn voor de erkenning van trusts onverlet.

Hoofdstuk IV — Algemene bepalingen

Art. 15. Het Verdrag laat onverlet de toepassing van bepalingen van het recht dat is aangewezen door de verwijzingsregels van het land van de rechter, in zoverre van deze bepalingen niet door een wilsuiking kan worden afgeweken, met name wanneer zij betreffen:

- a.* de bescherming van minderjarigen en andere handelingsonbekwamen;
- b.* de persoonlijke en vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk;
- c.* de erfopvolging krachtens testament of wet, in het bijzonder het wettelijk erfdeel;
- d.* de eigendomsoverdracht en de zekerheidsrechten;
- e.* de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie;
- f.* de bescherming van derden te goeder trouw in andere opzichten.

Wanneer toepassing van het voorgaande lid aan de erkenning van een trust in de weg staat, tracht de rechter op andere wijze aan het doel van de trust gevolg te geven.

Art. 16. Het Verdrag laat onverlet de toepassing van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht de verwijzingsregels zelfs in internationale situaties moeten worden toegepast.

Bij wijze van uitzondering kan eveneens gevolg worden toegekend aan bepalingen van gelijke aard van het recht van een andere Staat die een voldoende nauw verband met het voorwerp van het geschil heeft.

Elke Verdragsluitende Staat kan, door middel van een voorbehoud, verklaren dat hij het tweede lid van dit artikel niet zal toepassen.

Art. 17. Onder de term „recht” verstaat dit Verdrag de rechtsregels die in een Staat gelden met uitsluiting van de verwijzingsregels.

Art. 18. Van de toepassing van het Verdrag kan worden afgezien

indien die toepassing klaarblijkelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde.

Art. 19. Het Verdrag laat de bevoegdheden van de Staten op belastinggebied onverlet.

Art. 20. Iedere Verdragsluitende Staat kan te allen tijde verklaren dat de bepalingen van het Verdrag ook zullen gelden voor trusts in het leven geroepen door een rechterlijke beslissing.

Van deze verklaring moet worden kennisgegeven aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden en zij heeft rechtsgevolg met ingang van de dag van ontvangst van die kennisgeving.

Artikel 31 is van overeenkomstige toepassing op de intrekking van deze verklaring.

Art. 21. Iedere Verdragsluitende Staat kan zich het recht voorbehouden de bepalingen van hoofdstuk III slechts toe te passen op trusts waarvan de geldigheid beheerst wordt door het recht van een Verdragsluitende Staat.

Art. 22. Het Verdrag is van toepassing op trusts ongeacht het tijdstip waarop zij in het leven geroepen zijn.

Een Verdragsluitende Staat kan zich evenwel voorbehouden het Verdrag niet toe te passen op trusts die in het leven zijn geroepen vóór het tijdstip waarop het Verdrag voor die Staat in werking is getreden.

Art. 23. Voor de bepaling van het overeenkomstig het Verdrag toe te passen recht, wordt, indien een Staat verscheidene gebiedsdelen omvat elk met eigen rechtsregels voor trusts, iedere verwijzing naar het recht van die Staat uitgelegd als een verwijzing naar het recht van het gebiedsdeel in kwestie.

Art. 24. Een Staat waarbinnen verschillende gebiedsdelen eigen rechtsregels voor trusts bezitten, is niet verplicht dit Verdrag toe te passen op conflicten uitsluitend tussen de rechtsstelsels van die gebiedsdelen.

Art. 25. Het Verdrag laat de toepassing onverlet van internationale akten waarbij een Verdragsluitende Staat partij is of zal worden en die bepalingen bevatten over onderwerpen die worden geregeld door dit Verdrag.

Hoofdstuk V — Slotbepalingen

Art. 26. Iedere Staat kan op het tijdstip van ondertekening, bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding, of op het tijdstip waarop een verklaring krachtens artikel 29 wordt afgelegd, de in artikel 16, 21 en 22 bedoelde voorbehouden maken.

Geen ander voorbehoud is toegestaan.

Iedere Verdragsluitende Staat kan te allen tijde een door hem gemaakt voorbehoud intrekken; het voorbehoud houdt op van kracht te zijn met ingang van de eerste dag van de derde kalendermaand na de kennisgeving van de intrekking.

Art. 27. Het Verdrag staat open voor ondertekening door de Staten die Lid waren van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht ten tijde van haar Vijftiende Zitting.

Het Verdrag dient te worden bekrachtigd, aanvaard of goedgekeurd en de akten van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring dienen te worden nedergelegd bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

Art. 28. Iedere andere Staat kan tot dit Verdrag toetreden nadat het krachtens artikel 30, eerste lid, in werking is getreden.

De akte van toetreding dient te worden nedergelegd bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

De toetreding heeft slechts gevolg in de betrekkingen tussen de toetredende Staat en die Verdragsluitende Staten, die niet binnen twaalf maanden na ontvangst van de kennisgeving bedoeld in artikel 32 tegen die toetreding bezwaar hebben gemaakt. Een zodanig bezwaar kan eveneens worden gemaakt door iedere Lid-Staat op het tijdstip dat deze het Verdrag bekrachtigt, aanvaardt of goedkeurt na een toetreding. Deze bezwaren worden ter kennis gebracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

Art. 29. Een Staat die twee of meer gebiedsdelen omvat waarin verschillende rechtsstelsels van toepassing zijn, kan op het tijdstip van ondertekening, bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding verklaren dat dit Verdrag van toepassing is op al zijn gebiedsdelen of slechts op één of meer ervan, en kan te allen tijde deze verklaring wijzigen door het afleggen van een nieuwe verklaring.

Deze verklaringen worden ter kennis gebracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden en vermelden uitdrukkelijk de gebiedsdelen waarop het Verdrag van toepassing is.

Wanneer een Staat geen verklaring ingevolge dit artikel heeft afgelegd, is het Verdrag op het gehele grondgebied van de Staat toepasselijk.

Art. 30. Het Verdrag treedt in werking op de eerste dag van de derde kalendermaand na de nederlegging van de derde akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring als bedoeld in artikel 27.

Vervolgens treedt dit Verdrag in werking:

- a.* voor iedere Staat die het daarna bekrachtigt, aanvaardt of goedkeurt op de eerste dag van de derde kalendermaand na nederlegging van zijn akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring;
- b.* voor iedere Staat die toetreedt, op de eerste dag van de derde kalendermaand na verloop van de termijn bedoeld in artikel 28;
- c.* voor de gebiedsdelen waartoe het Verdrag is uitgebreid overeenkomstig artikel 29, de eerste dag van de derde kalendermaand na de kennisgeving bedoeld in dat artikel.

Art. 31. Iedere Verdragsluitende Staat kan dit Verdrag opzeggen door een formele schriftelijke kennisgeving aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden, depositaris van dit Verdrag.

De opzegging wordt van kracht op de eerste dag van de maand na verloop van een termijn van zes maanden na de dag van ontvangst van de kennisgeving door de depositaris, of op een in de kennisgeving aangegeven later tijdstip.

Art. 32. Het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden geeft de Lid-Staten van de Conferentie, alsmede de Staten die zijn toegetreden overeenkomstig het bepaalde in artikel 28 kennis van:

- a.* de ondertekeningen, bekrachtigingen, aanvaarding en goedkeuringen bedoeld in artikel 27;
- b.* de dag waarop het Verdrag in werking treedt overeenkomstig het bepaalde in artikel 30;
- c.* de toetredingen en bezwaren tegen toetredingen bedoeld in artikel 28;
- d.* de uitbreidingen bedoeld in artikel 29;
- e.* de verklaringen bedoeld in artikel 20;
- f.* de voorbehouden of intrekkingen van voorbehouden bedoeld in artikel 26;
- g.* de opzeggingen bedoeld in artikel 31.

BIJLAGE II

Wettelijke bepalingen in verband met de aanvaarding van het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op trusts en inzake de erkenning van trusts (Wet conflictenrecht trusts), TK 1992-1993, 23027*)

Art. 1. Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder

a. het Verdrag: het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, waarvan de Engelse en de Franse tekst alsmede de vertaling in het Nederlands zijn geplaatst in het Tractatenblad 1985 nr. 141;

b. trust: een trust als omschreven in artikel 2 van het Verdrag, die door een wilsuiting in het leven is geroepen en waarvan blijkt uit een geschrift.

Art. 2. Op de aanwijzing van het recht dat toepasselijk is op trusts en op de erkenning van trusts zijn de bepalingen van het Verdrag van toepassing.

Art. 3. Met betrekking tot een goed terzake waarvan inschrijvingen kunnen plaatsvinden in een ingevolge de wet gehouden register en dat behoort tot de goederen van de trust die een afgescheiden vermogen vormen kan de trustee verlangen dat een inschrijving geschiedt op zijn naam en in zijn hoedanigheid van trustee, of op een zodanige andere wijze dat van het bestaan van een trust blijkt.

Art. 4. Bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie laten de in artikel 11 van het Verdrag omschreven rechtsgevolgen van de erkenning van een trust onverlet.

Art. 5. Deze wet kan worden aangehaald als Wet conflictenrecht trusts.

Art. 6. Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

*) Deze bijlage bevat de tekst van het wetsvoorstel (nr. 2).

BIJLAGE III

Goedkeuring van het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts TK 1992-1993, 23054 (R1464)*)

Art. 1.

Het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, waarvan de Franse en de Engelse tekst alsmede de vertaling in het Nederlands zijn geplaatst in Trb. 1985, 141, wordt goedgekeurd voor Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba.

Art. 2. Deze Rijkswet treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

*) Deze bijlage bevat de tekst van het wetsvoorstel (nr. 2), zoals aangepast bij Nota van verbetering (nr. 4) en Nota van wijziging (nr. 7).

REEDS VERSCHENEN PREADVIEZEN

Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Deze preadviezen zijn tot dusver verschenen:

- 1. Burgerlijk recht en grondrechten**
door prof. mr J. L. M. Elders en mr M. B. W. Biesheuvel
ISBN 90 6040 784 9
- 2. Produktenaansprakelijkheid**
door prof. mr J. H. Nieuwenhuis en mr J. M. Barendrecht
ISBN 90 6040 833 0
- 3. Kredietverlening naar huidig en komend recht**
door prof. mr F. H. J. Mijnsen, prof. mr P. A. Stein en
mr C. J. B. Ebeling
ISBN 90 6040 879 9
- 4. Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding**
door prof. mr E. A. A. Luijten en mr J. A. M. P. Keijser
ISBN 90 6040 909 4 (niet meer leverbaar)
- 5. De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid**
door prof. mr R. van den Bergh, dr. M. Faure LL.M.,
mr T. Hartlief en mr R. P. J. L. Tjittes
ISBN 90 6040 942 6
- 6. Capita overgangsrecht NBW**
door mr R. S. Meijer, mr A. I. M. van Mierlo,
prof. mr M. V. Polak, prof. mr J. Spier en mr C. H. W. M. Sterk
en mr A. J. Tekstra
ISBN 90 6040 979 5
- 7. Contractsdwang/De global note en de nemo plusregel**
door mr P. Klik LL.M. en mr P. Kuiper
ISBN 90 5458 026 7
- 8. Naar een Europees burgerlijk recht/Europees privaatrecht-
Een bonte lappendeken**
door prof. mr E. H. Hondius en mr L. A. D. Keus
ISBN 90 5458 086 0

Leden van de vereniging ontvangen ieder jaar de uitgebrachte preadviezen en hebben toegang tot de jaarvergadering. De contributie bedraagt f 35,— voor gewone leden en f 25,— voor student-leden. Voor aanmelding als lid kan men zich wenden tot Koninklijke Vermande BV, t.a.v. dhr. L. Wierda, Postbus 20 8200 AA Lelystad, tel: 03200 - 22944 fax: 03200 - 26334, o.v.v. 'ledenadministratie VBR'. Voor nadere informatie over de vereniging kan men zich wenden tot het secretariaat van de VBR, Postbus 90153 500 LE Tilburg, tel: 013- 662980 fax: 013 - 663143, t.a.v. mr A. J. Akkermans.