

## Reactie op het artikel van notaris Burgers

Mr. M. Bergervoet & mr. K. Frielink\*

Met notaris Burgers heten wij de trust van harte welkom in het recht van Curaçao.<sup>1</sup> Er is echter één onderwerp in de bijdrage van Burgers waarover wij met hem van mening verschillen: de vraag of voor het ontstaan van trustvermogen wel of geen levering vereist is. Die vraag is voor de praktijk van wezenlijk belang.

Burgers betoogt dat levering niet aan de orde is. Het instellen van een trust over het trustvermogen moet volgens hem worden gezien als het plaatsen van een glazen stolp over het trustvermogen. Hoewel dit wellicht een aantrekkelijk standpunt is, vindt het geen steun in de wet. In zijn argumentatie is Burgers dan ook nogal selectief als het gaat om het verwijzen naar wetsartikelen en de memorie van toelichting. Hij noemt wat hem uitkomt en laat andere artikelen en passages buiten beschouwing. Hoewel Burgers zijn betoog met stelligheid brengt, blijkt alleen al uit zijn wijze van argumenteren dat over dit onderwerp onzekerheid bestaat. Alle redenen dus om ook de 'andere kant' van het verhaal te belichten. Afgezien van een eventuele wetswijziging, is op dit moment alleen de Hoge Raad, indien daartoe geroepen, in staat finale zekerheid te verschaffen.

Voor het standpunt van Burgers bestaat geen ondubbelzinnige wettelijke bepaling. Gelet op het belang van de rechtszekerheid zou dat wel voor de hand hebben gelegen. Dat alleen al is reden genoeg om in de praktijk zijn standpunt niet te volgen. Het begrip 'levering' is een goederenrechtelijk begrip. Goederen kunnen overgaan als (evenredig) deel van een vermogen: een overgang onder algemene titel (erfopvolging of bij fusie bijvoorbeeld). Goederen kunnen ook afzonderlijk overgaan: onder bijzondere titel (levering, verjaring). Een van de kenmerken van het goederenrecht is het *numerus-claususbeginsel*. Dat houdt onder meer in dat partijen niet zelf vermogensrechten mogen bedenken, maar gebonden zijn aan de (soorten) rechten en leveringswijzen die de wet erkent en voorschrijft. Dit gesloten systeem dient de rechtszekerheid, met name ook omdat derden die rechten moeten eerbiedigen.

Burgers betoogt dat het instellen van een trust een handeling *sui generis* is en dat de trustee een rechthebbende *sui generis* (met een plicht) is. Hij stelt dat enkel door de instelling van de trust een vermogen (bijvoorbeeld een onderneming) op de trustee overgaat. Uit het gesloten systeem van het goederenrecht in combinatie met het rechtszekerheidsbeginsel vloeit echter voort dat er voor deze wijze van overgang een expliciete wettelijke basis moet zijn. Een dergelijke wettelijke basis ontbreekt.

\* Mr. M. Bergervoet is advocaat en partner bij Spigthoff advocaten en belastingadviseurs te Curaçao. Mr. K. Frielink is advocaat en partner bij Spigthoff Advocaten & Belastingadviseurs.

1 Zie ook J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 6926 (2012), p. 287-291 en M. Bergervoet & D.S. Mansur, 'De Curaçaose Trust in de praktijk', *WPNR* 6926 (2012), p. 292-301.

Met het instellen van een trust beoogt de insteller van de trust goederen, die tot zijn vermogen behoren, daarvan af te scheiden ten behoeve van de begunstigden. De insteller draagt vermogen over aan een trustee. De trustee verkrijgt het vermogen, maar dat vermogen is afgescheiden van diens privévermogen.<sup>2</sup> De trustee heeft dus twee aparte vermogens: een privévermogen en een trustvermogen. Indien de trustee failliet gaat kunnen zijn schuldeisers zich alleen op zijn privévermogen verhalen en niet op het afgescheiden trustvermogen. Het is van belang dat de trustee daadwerkelijk rechthebbende wordt van het trustvermogen. Als het trustvermogen niet op de juiste wijze op de trustee is overgegaan, dan bestaat het risico dat de goederen zich nog in het vermogen van de insteller bevinden. Schuldeisers van de insteller of een curator in geval van faillissement kunnen zich dan op dat vermogen verhalen. Het was echter de bedoeling dat de goederen onder trustverband zouden worden gebracht.

Burgers baseert zijn stelling op een passage uit de memorie van toelichting bij artikel 3:127 BW, waaruit volgens hem blijkt dat de wetgever met opzet de term 'overdracht' (levering) heeft vermeden. Burgers ziet in dit verband de nota van wijziging met toelichting over het hoofd. In de toelichting bij de wijziging van artikel 3:127 BW staat letterlijk het volgende:

'Voorts is de verwarrende terminologie "onder de macht brengen" (ontleend aan het verdrag) hier en elders in het ontwerp vermeden. De trustee is of wordt "rechthebbende op" de goederen c.q. "verkrijgt" de goederen.'

De trustee wordt rechthebbende op het trustvermogen. Het begrip 'rechthebbende' is een juridische aanduiding om het meest volledige recht op een goed aan te geven. Als het om een zaak gaat spreken we meestal van een eigenaar en niet van rechthebbende. Beperkte rechten, immateriële rechten, zoals octrooien en vorderingsrechten, zijn geen zaken en men kan degene die daarop het meest volledige recht heeft geen eigenaar noemen. Men noemt hem rechthebbende. Men zegt ook wel dat het goed aan die persoon toebehoort. Volgens Burgers verwerft een trustee niet het meest volledige recht over het trustvermogen ('eigendom'), maar een recht dat beperkt is door zijn kwaliteit als trustee. Het is volgens hem 'een verschaffen van de macht' zonder de bedoeling om de trustee volledig en onbeperkt 'eigenaar' te maken, in welk verband hij verwijst naar artikel 3:127 BW. Deze zienswijze is niet juist. Artikel 3:127 lid 2 sub b BW bepaalt dat de trustee rechthebbende is op het trustvermogen. Het feit dat aan het zijn van rechthebbende rechten, verplichtingen en beperkingen (kunnen) zijn verbonden, doet daaraan vanzelfsprekend niet af. Uit het gegeven dat de wetgever op dit punt duidelijkheid heeft willen verschaffen (zie bijvoorbeeld art. 3:139 en 3:140 BW) kan niet worden afgeleid, zoals Burgers doet, dat de wetgever dus niet beoogd heeft de trustee (volledig) rechthebbende te maken. Zijn conclusie volgt niet, en zeker niet noodzakelijk, uit het feit dat de wetgever deze bepalingen heeft opgenomen.

Hoe wordt de trustee rechthebbende van het trustvermogen? De Landsverordening Trust is geplaatst in titel 6 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Titel 4, dat gaat over de verkrijging en het verlies van goederen, gaat daaraan vooraf. Lid 1 van artikel 3:80 BW bepaalt

2 De trustee kan een derde, maar ook de insteller zelf zijn (art. 3:134 BW). Voor ons standpunt maakt dat geen verschil. Als de insteller de trustee is, moet hij de goederen aan zichzelf in hoedanigheid van trustee leveren.

dat men goederen kan verkrijgen onder algemene titel of onder bijzondere titel. Hiermee is het gesloten systeem van verkrijging van goederen tot uitdrukking gebracht. In het systeem van de wet is iedere verkrijging van een goed die niet onder algemene titel plaatsvindt, een verkrijging onder bijzondere titel. Het onder trustverband plaatsen van in het buitenland gelegen goederen laten we hier maar even onbesproken.

De Landsverordening Trust bepaalt op twee plekken dat er sprake kan zijn van een overgang onder algemene titel. Namelijk in het geval van een opvolgende of toetredende trustee, en bij het einde van de trust indien er geen begunstigden voor die situatie zijn aangewezen. Artikel 3:80 lid 2 BW is bij de invoering van de Landsverordening Trust aangepast, waarbij de opvolging of toetreding van de trustee is toegevoegd aan dat artikel. De opvolgend of toetredend trustee verkrijgt de trustgoederen dus onder algemene titel. Begrippen als 'opvolging' en 'toetreding' veronderstellen dat er al een andere trustee in functie is.

Burgers is van mening dat met 'toetreding' niet anders bedoeld kan zijn dan – in alle gevallen – de aanvaarding van het trusteeschap door de trustee. De insteller kan de trust instellen, maar de trustee moet zijn functie van trustee aanvaarden en dat kan hij alleen maar doen door toetreding tot de rechtsbetrekking die trust heet, aldus Burgers, die daarbij de wet op wel heel extensieve wijze interpreteert. Als gezegd veronderstelt het begrip 'toetreding' dat er al een andere trustee in functie is. In dat geval is er sprake van overgang onder algemene titel krachtens een uitdrukkelijke wettelijke bepaling.

De wet heeft het in artikel 3:130 lid 3 BW, waar het gaat om de trustee die *als eerste* in functie treedt, over 'benoemen' en het 'aanvaarden' van die benoeming. Het aanvaarden van die benoeming is in onze ogen niets anders dan het kenbaar maken door een persoon dat hij de functie van trustee op zich wil nemen. Een aanvaarding kan vormvrij geschieden en daarvoor is geen toetreding tot de trust nodig, althans daarvan blijkt niet uit de Landsverordening Trust. Burgers legt het begrip 'toetreding' dan ook verkeerd uit.

Het is ook logisch dat de wetgever artikel 3:80 lid 2 BW heeft aangevuld (zoals hiervoor aangegeven), omdat er bij een opvolgend trustee sprake is van een rechtsopvolging in het (reeds afgescheiden) vermogen (art. 3:145 lid 1 BW). Bij een opvolgende trustee neemt de nieuwe trustee de rechtspositie over van de oude trustee. In de situatie van een toetredende trustee gaat een aandeel van het trustvermogen *en bloc* over op de toetredende trustee. Dit in tegenstelling tot inbreng van goederen onder trustverband. De insteller kan ervoor kiezen om een bepaald goed onder trustverband te brengen. Van een rechtsopvolging in een geheel of een gedeelte van het vermogen van de insteller is in dat geval geen sprake. Bovendien wordt een overgang onder algemene titel gekenmerkt door één moment van overgang. De overdracht van het trustvermogen kan op verschillende momenten plaatsvinden en zal niet noodzakelijkerwijs bij het instellen van de trust behoeven te geschieden, maar kan ook later plaatsvinden.

Aangezien nergens in de Landsverordening Trust met zoveel woorden staat bepaald dat het trustvermogen *bij het instellen* van de trust onder algemene titel overgaat op de trustee, ook artikel 3:80 BW niet in die zin is aangepast en in artikel 3:145 BW uitdrukkelijk alleen over de 'opvolgende' en 'toetredende' trustee (bij een reeds bestaande trust) wordt gesproken, blijft er naar ons idee geen andere mogelijkheid over dan te concluderen dat de trustee

de goederen die moeten gaan behoren tot het trustvermogen alleen onder bijzondere titel (overdracht) kan verkrijgen.

Omwille van de rechtszekerheid lijkt het ons niet juist om het ontbreken van een overdrachtsvereiste te baseren op goeddeels gezochte (*circumstantial*) argumenten, terwijl nergens uit de wet expliciet blijkt dat de wetgever beoogd heeft het overdrachtsvereiste niet te willen laten gelden. Vooralsnog plaatsen wij de opvatting *sui generis* van Burgers dan ook onder een glazen stulp.