

STATEN VAN DE NEDERLANDSE ANTILLEN
ZITTING 2001-2002

LANDSVERORDENING houdende aanvulling van
Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen
inzake de trust

MEMORIE VAN TOELICHTING

No. 3

Algemeen

1. Al jaren is de discussie gaande over de mogelijkheid en wenselijkheid tot invoering in de Nederlandse Antillen van de trust. Reeds in 1955 werd een voorstel gedaan door de destijds te Curaçao standplaats hebbende notaris mr. A.A.G. Smeets. Dit ontwerp is in 1962 uitgewerkt door prof. mr. A. van Oven. Voorstellen zijn in 1975 gedaan – op basis van de Louisiana Trust Code - door de aan de Columbia University te New York verbonden Nederlandse hoogleraar prof. mr. H. Smit. Men zie M. Alexander, Kanttekeningen inzake drie wetsontwerpen tot invoering van de common law trust in de Nederlandse Antillen, in: *Samenleven, samenwerken*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. E.C. Henriquez, 1983. Aan het onderhavige ontwerp heeft gewerkt de destijds hier te lande gevestigde notaris mr. J. W.M. Thesseling, in het laatste stadium in samenwerking met dr. J. de Boer, lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.
2. De vraag naar de wenselijkheid tot invoering van de trust is weer actueel geworden door het in 1985 te 's-Gravenhage gesloten "Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en de erkenning van trusts" (Trb. 1985, 141), hierna te noemen het "Verdrag", welk verdrag inmiddels voor Nederland gelding heeft gekregen. Nederland heeft besloten vooralsnog niet over te gaan tot invoering van een eigen trustwet. De Nederlandse Antillen, met de voor haar economie zo belangrijke buitengaatsse financiële sector, dient de wenselijkheid tot toetreding tot het verdrag te bezien vanuit het perspectief van een trustland. In verband met het voornemen tot invoering van de trust in onze wetgeving is de beslissing tot toetreden uitgesteld. De ondergetekende is van mening dat de belangen van onze economie het meest gebaat zijn bij invoering van een eigen Nederlands-Antilliaanse trust. Van belang is te vermelden dat de activiteiten van de afgelopen jaren in de buitengaatsse financiële sector voor een groot deel gebaseerd is op het alhier "managen" van buitenlandse entiteiten. Het aantal Nederlands Antilliaanse buitengaatsse vennootschappen dat jaarlijks wordt opgericht is echter dalende. Vanuit de desbetreffende sector wordt gewaarschuwd dat wij ons, door de huidige op activiteiten van buitenlandse jurisdictie gebaseerde bedrijvigheid, niet mogen laten afleiden van de noodzaak tot het creëren van nieuwe producten. Gezien de belangrijke rol van de trust in de door het Anglo-Amerikaans recht zo sterk gedomineerde buitengaatsse financiële wereld, dienen

wij de internationaal steeds frequenter voorkomende trust tegemoet te treden als een nieuwe mogelijkheid voor onze buitengaatse sector. Men zie ook reeds De Gaay Fortman in: Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen, 1969, p. 53 e.v.; in andere zin overigens Alexander in de boven genoemde bundel Henriquez-bundel *Samenwerken, samenleven*, die een aangepast bewindsrecht bepleit. Door te kiezen voor een eigen trustverordening creëren wij niet alleen werkgelegenheid in onze buitengaatse financiële sector, maar houden wij bovendien ten aanzien van die ons in beginsel vreemde doch onafwendbaar oprukkende trust, de regie in eigen handen. Door enkele toetreding tot het Verdrag en de daaruit voortvloeiende gedwongen erkenning van de trust, zouden wij die regie partieel kunnen verliezen. Overigens lijkt het thans voorgestelde artikel 128, derde lid, inzake de legitieme portie, aan toetreding tot het Verdrag in de weg te staan – men zie artikel 15, onderdeel c, van het Verdrag – maar uiteraard zullen, *a fortiori* na de inwerkingtreding van de onderhavige eigen trustregeling, buitenlandse trusts hier te lande, naar ongeschreven Nederlands-Antilliaans internationaal privaatrecht, wel worden erkend.

3. In het algemeen strekt het recht tot een goed ertoe voordeel of nut te verschaffen aan de rechthebbende. Bij een aan een trustee als zodanig toebehorend goed is dat anders. Immers, behalve ten aanzien van de aan de trustee toekomende beloning, strekt het trustvermogen niet tot voordeel of nut van de trustee. De trustee heeft geen eigen belang bij het trustvermogen. De trustee heeft ten aanzien van het trustvermogen en de daartoe behorende goederen niet zozeer economische rechten ten behoeve van zich zelf, maar veeleer plichten en bevoegdheden om het trustvermogen economisch aan te wenden ten behoeve van een nader aangegeven persoon of doel. De belanghebbende bij een trust is de begunstigde, ook al staat het goed niet op zijn naam.
4. Ter verduidelijking van de trust worden de rechten ten aanzien van het trustvermogen dikwijls geduid als "dual ownership", bestaande uit de "legal ownership" van de trustee en de "beneficial ownership" van de begunstigde. Het begrip "ownership" is echter niet gelijk aan wat in ons recht onder het in taalkundig opzicht equivalent veronderstelde begrip "eigendom" wordt verstaan. Eigendom onder ons recht is het meest omvattende recht dat iemand op een zaak kan hebben. Eigendom is een absoluut recht, hetgeen betekent dat het tegenover iedereen gehandhaafd kan worden. Het is te beschouwen als de moeder van alle rechten. Beperkte rechten zijn onder ons recht te beschouwen als dochterrechten, welke van het moederrecht zijn afgeleid. Het Anglo-Amerikaans recht kent dat alomvattende absolute moederrecht niet en derhalve is het begrip "ownership" met zijn meer relatieve karakter, inhoudelijk niet gelijk aan "eigendom". "Ownership" in de zin van het Anglo-Amerikaans recht, betekent "having" - in relatieve zin - "better title". Indien bij hantering van het onderscheid tussen "legal ownership" en "beneficial ownership" het structurele verschil tussen "eigendom" en "ownership" niet voor ogen gehouden wordt, is dit onderscheid voor de civielrechtelijk denkende jurist meer verwarrend dan verhelderend. Rekening houdende met het bovenstaande worden hierna de begrippen "juridisch eigenaar", "juridische eigendom", "economisch eigenaar" en

"economische eigendom" gehanteerd.

5. Een van de belangrijkste kenmerken van het trustvermogen is dat het is afgescheiden van het privévermogen van de trustee. Dat afgescheiden karakter heeft tot gevolg dat de aan de trustee toebehorende juridische eigendom van het trustvermogen niet in het faillissement van de trustee wordt betrokken, dat het geen deel uitmaakt van de huwelijksgoederengemeenschap waarin de trustee mocht zijn gehuwd en evenmin van diens nalatenschap. Het is duidelijk dat het afgescheiden karakter van het trustvermogen voor de begunstigde van groot belang is, immers faillissement, huwelijk, echtscheiding of overlijden van de trustee laat de hem toebehorende economische eigendom van het trustvermogen onverlet. De begunstigde wordt derhalve niet betrokken in de strijd om de verdeling van het privévermogen van een gefailleerde, uit de echt gescheiden of overleden trustee. Onder ons recht is dat anders. In beginsel kan immers een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar verhalen.
6. Bij invoering van de trust in ons recht dient gewaakt te worden tegen misbruik van het afgescheiden karakter. De bijzondere aard van trustvermogen kan voor de trustee bijzondere plichten met zich mee, welke verband houden met dit afgescheiden karakter. Voor de begunstigde is van belang dat hij zijn recht op het trustvermogen jegens derden kan doen gelden. Gezien de bijzondere aard van het trustvermogen is het, ter bescherming van de belangen van de begunstigde, gerechtvaardigd dat de in beginsel onbeperkte beschikkingsbevoegdheid van de trustee kan worden beperkt. Derden worden beschermd door de verplichting tot openbaarmaking van eventuele in de trustakte opgenomen voor derden relevante beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee.
7. De trust wordt voor vele doeleinden toegepast, waaronder afzondering van vermogen voor de opvoeding, studie of levensonderhoud. Dat kan bijvoorbeeld door een deel van het trustvermogen daartoe aan te wenden, of slechts de opbrengst daarvan. Allerlei voorwaarden kunnen worden ingebouwd, bijvoorbeeld de mogelijkheid om, ter bescherming van de begunstigde tegen zich zelf, te bepalen dat zijn recht op het vermogen of de opbrengsten daarvan uitsluitend mag worden aangewend voor het doel waarvoor het is ingesteld, bijvoorbeeld studie en dat een zodanig recht ophoudt te bestaan indien de begunstigde zijn recht gebruikt voor de aankoop van goederen welke voor de studie niet relevant zijn. Aan de trustee kan de verplichting worden opgelegd het trustvermogen - na verloop van tijd zoals het bereiken van een bepaalde leeftijd of na het in vervulling gaan van een voorwaarde, zoals het succesvol beëindigen van een studie - aan de begunstigde, aan een derde of aan de insteller over te dragen.
8. De trust wordt voorts gebruikt voor charitatieve doeleinden, als pensioenfonds, beleggingspool, in het kader van rechten van gebruik deeltijd ("time share") en bij de vestiging en uitvoering van zekerheidsrechten welke in het kader van bijvoorbeeld leningen en koopovereenkomsten bedongen zijn.

9. In de praktijk zal de trustakte cruciaal zijn voor de inhoud van de rechtsverhouding tussen trustee en begunstigde en eventuele rechten en bevoegdheden van anderen, zoals de insteller of de protector. Het onderhavige ontwerp bestaat voor een belangrijk deel uit regelend recht. Bij het redigeren is er naar gestreefd om op zo eenvoudig mogelijke wijze, uitgaande van de toepasselijkheid van met name titel 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, onder meer de geldigheid, nietigheid en vernietigbaarheid van de trust te regelen.
10. De trust is geen rechtspersoon, maar er is er naar gestreefd de Nederlands Antilliaanse trust voor "civil-law" juristen op eenvoudige wijze toegankelijk en hanteerbaar te maken door de vergelijkbare rolverdeling tussen een directeur, commissaris en aandeelhouder bij een naamloze vennootschap en de trustee, protector en begunstigde bij een trust, de vergelijkbare verplichting tot openbaarmaking van extern werkende bevoegdheidsbeperkingen van een directeur en die van een trustee, de vergelijkbare verplichting van een directeur tot het afleggen van rekening en verantwoording aan de aandeelhouder en die van de trustee jegens de begunstigde en het vergelijkbare recht op de winst van de aandeelhouder en dat van de begunstigde.
11. Terecht heeft de Raad van Advies erop gewezen dat bij uitzondering, onder meer ter bestrijding van internationaal terrorisme, de vertrouwelijkheid van de gegevens die bij de notaris berusten, moet kunnen worden opgeheven tegenover justitiële autoriteiten. Dit is evenwel een algemeen probleem dat ook speelt bij andere rechtsfiguren dan de trust en dat dan ook algemeen moet worden geregeld.
12. Gelijkzeitig met de inwerkingtreding van de onderhavige verordening zal, zoveel als redelijkerwijs mogelijk, duidelijkheid moeten worden gebracht omtrent de toepassing van de fiscale wetgeving: door wijziging van die wetgeving, door richtlijnen of anderszins.
13. Van het advies van de Raad van Advies is dankbaar gebruik gemaakt. Zijn opmerkingen zijn in aanmerking genomen, behoudens dat de ondergetekende er de voorkeur aan geeft pas in het kader van de algehele herziening van het erfrecht – in Nederland zal binnenkort Boek 4 van het nieuw BW in werking treden – in het algemeen te regelen dat een legitimaris niet langer het recht heeft zijn wettelijk erfdeel in goederen te ontvangen. Voorts is niet voorgeschreven dat in de trustakte noodzakelijkerwijs personalia en adres van de begunstigde(n) worden vermeld. Bij een grote groep (latere) begunstigden zou dit zeer onpraktisch zijn.
14. In reactie op het advies van de Sociaal-Economische Raad zij opgemerkt dat de belangen van de werknemers in de buitengaats sector aandacht verdienen, maar dat die belangen door het onderhavige ontwerp niet nadelig worden getroffen. In tegendeel, de beoogde bevordering van de werkgelegenheid in die sector komt de bedoelde belangen ten goede. Voorts kan niet worden gezegd dat het instituut trust onverenigbaar is met het geldende stelsel van het Burgerlijk Wetboek. Ook in Nederland neemt de roep om regeling van de

trust toe, onder meer in verband met een steeds sterker wordende “globalisering” ter zake van investeringen en zekerheidsstellingen, waarbij trusts internationaal een belangrijke rol spelen.

Artikelsgewijze toelichting

ARTIKEL I

Artikel 126

Indien het gaat om buitengaats ondernemingen, zal de Landsverordening toezicht fiduciair bedrijf aan het optreden als trustee bijzondere eisen stellen. Zo zal slechts een in de Nederlandse Antillen gevestigde naamloze vennootschap of besloten vennootschap voor een vergunning in aanmerking komen. De onderhavige titel laat die bijzondere eisen onverlet.

Artikel 127

Dit artikel is ontleend aan artikel 2 van het Verdrag. Ook elders in het ontwerp wordt de terminologie van het Verdrag gevolgd. Zo wordt de term overdracht vermeden, maar wordt gesproken van het in de macht brengen van de trustee, hetgeen een zgn. “economische eigendomsoverdracht” niet uitsluit, waarbij aan de trustee persoonlijke rechten worden verschafft. In de memorie van toelichting de term overdracht zal gemakshalve wel worden gebruikt.

Er is vanaf gezien, mede naar aanleiding van het advies van de Raad van Advies, om het in het leven roepen van een trust bij testament te regelen. Ook thans komt het vrijwel niet voor dat een stichting bij testament wordt opgericht.

Artikel 128

Dit artikel sluit buitengerechtigde vernietiging van de overdracht en buitengerechtigd geldend maken van een legitieme portie uit. De bepaling ter bescherming van legitimarissen, zijnde de gerechtigden tot een minimum deel van een nalatenschap, wijkt op twee punten af van de thans geldende regeling van het Nederlands-Antilliaanse Burgerlijk Wetboek. Krachtens dit wetboek hebben afstammelingen en ouders van kinderen zonder afstammelingen, het recht het hun toekomende minimum deel vrij van bewind te ontvangen in goederen. Voor een echtpaar met afstammelingen kan aan de nadelen van deze regeling tegemoet worden gekomen door een testament in de vorm van een ouderlijke boedelverdeling. Deze mogelijkheid bestaat niet voor een alleenstaande ouder. De ondergetekende heeft binnen het kader van deze verordening geen behoefte zich te werpen in een reeds jarenlange strijd over het al dan niet wenselijk zijn van het bestaan van de legitieme portie. In brede kring wordt de legitieme-regeling onwenselijk geacht voor zover deze tot gevolg heeft dat jonge, nog maar net meerderjarige kinderen, als erfgenamen, over grote vermogens kunnen gaan beschikken. Indien een welvarende ouder komt te overlijden, worden de kinderen plotseling vermogend en kunnen dan vanaf hun meerderjarigheid over dat vermogen beschikken. Het is duidelijk dat de wettelijk meerderjarige vaak nog niet in staat is met

een groot vermogen verstandig om te gaan. Indien een ouder vermogen in trust heeft gegeven ten behoeve van een legitimaris onder de beperking dat deze pas op vijfendertigjarige leeftijd geheel vrij over het hem toekomende erfdeel kan beschikken en voorts dat het erfdeel alsdan in geld, in plaats van in goederen, zal worden uitgekeerd, dan vormen deze beperkingen geen aanleiding om de overdracht in trust te vernietigen, aldus het derde lid. Een eventueel toepasselijk erfrecht doet daaraan niet af, anders dan voortvloeit uit artikel 15, aanhef en onderdeel c, van het Verdrag. In de artikelen II-III wordt voorgesteld deze regeling ook toepasselijk te doen zijn bij testamentair bewind en bij een stichting particulier fonds.

Artikel 129

Men vergelijk artikel 2, tweede lid, van de Landsverordening Besloten Vennootschap (P.B. 1999, no. 241), alsmede – wat betreft de formulering – het op registergoederen betrekking hebbende artikel 31 van Boek 3 BW. Op advies van de Raad van Advies is de Spaanse taal toegevoegd, nu verwacht mag worden dat veel Latijns Amerikanen van de trust gebruik gaan maken.

Artikel 130

1. In Anglo-Amerikaanse jurisdicties kunnen trusts ontstaan door een overeenkomst, een eenzijdige "declaration of trust", door een door het recht veronderstelde partijbedoeling, zoals de "resulting trust" of de "implied trust" en zelfs van rechtswege op basis van bepaalde feiten, zoals de "constructive trust". De ondergetekende meent het belang van de rechtszekerheid het best te dienen door de eis te stellen dat van de instelling uitdrukkelijk moet blijken uit een daartoe strekkende notariële akte. Onder ons recht is de notariële akte een vereiste voor belangrijke rechtshandelingen zoals overdracht en verhypothekering van onroerend goed, de oprichting van rechtspersonen, het aangaan van huwelijksvoorwaarden en het maken van testamenten. De tot nu toe onbekende trust dient met de grootst mogelijke juridische voorzichtigheid te worden ingesteld.
2. Wat betreft de minimale inhoud van de trustakte vergelijk men ook artikel 127. Van belang is te vermelden dat de in die akte op te nemen verplichte inhoud deel uit kan maken van een overeenkomst tussen de insteller en de trustee, maar nodig is dat niet. De verplichte inhoud kan bestaan uit een in een authentieke akte opgenomen eenzijdige verklaring door de trustee. De overdracht van het trustvermogen hoeft niet bij de trustakte te geschieden. Het trustvermogen kan, vooruitlopende op de trustakte, reeds aan de toekomstige trustee in trust zijn geleverd, zowel door een derde als door hem zelf. Aangezien er altijd tenminste één Nederlands-Antilliaanse trustee moet zijn, moet de trustakte bepalen hoe eventueel in een zodanige vacature moet worden voorzien.
3. Ten aanzien van het doel van de trust, wordt slechts bepaald dat deze niet in strijd met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of openbare orde mag zijn. Een trust kan voor zeer veel doeleinden worden gebruikt. Men denke bijv. aan vermogens- en

verervingsplanning van particulieren, ondernemingen, pensioenfondsen, beleggingsfondsen, time share-projecten, financierings- en zekerheidsconstructies, stemrechtregelingen, behartiging van culturele, wetenschappelijke en liefdadige doelen. Het uitoefenen van een onderneming is in dit artikel niet uitgesloten.

4. Indien de trust ongeldig is, kan deze worden ontbonden door de rechter in eerste aanleg (artikel 159, onderdeel e), behoudens heling (artikel 131).

Artikel 131

Dit artikel biedt de mogelijkheid van heling van de ongeldigheid van een trust; men zie ook artikel 159, onderdeel e.

Artikel 132

Dit is een artikel van regelend recht. Als beginsel geldt dat een trust noch herroepen noch gewijzigd kan worden. In de trustakte kan hiervan echter worden afgeweken.

Artikel 133

Ondanks het ontbreken van daartoe strekkende bepalingen in de trustakte is het wenselijk de mogelijkheid te openen de trustbepalingen door de rechter te doen wijzigen indien tengevolge van door de insteller niet voorziene omstandigheden, aan diens bedoeling in ernstige, onaanvaardbare mate afbreuk wordt gedaan. De rechter dient bij de toepassing van dit artikel grote terughoudendheid te betrachten. Indien de rechter van de noodzaak of wenselijkheid overtuigd is, is de toestemming of medewerking van de insteller overbodig.

Artikel 134

Ter voorkoming van misbruik en ter waarborging van de kwaliteit van de dienstverlening door trustees van een Nederlands Antilliaanse trust is het fungeren van een trustee gekoppeld aan een vergunning. De Raad van Toezicht inzake het fiduciair bedrijf is bevoegd om aan het fungeren als trustee nadere door haar te bepalen kwaliteitseisen te stellen. Ook kunnen voor bepaalde activiteiten speciale eisen worden gesteld. Te denken valt in dit verband aan eisen voor pensioenfondsen en investment trusts die unit trusts uitgeven aan beleggers. Een trustee kan een zaak mede voor zich zelf in trust houden. De trust houdt echter op te bestaan indien de enige trustee tevens enig begunstigde is. Het als trustee in eigendom houden van een zaak ten behoeve van zich zelf als enig begunstigde is zinloos. Men houde overigens in het oog dat indien de Landsverordening toezicht fiduciair bedrijf toepasselijk is, de daarin gestelde eisen onverlet worden gelaten; men zie artikel 126.

Artikel 135

In het eerste lid wordt in algemene zin de taak van de trustee omschreven. Elementen van deze algemene omschrijving zijn de vertrouwensfunctie van trustee, de aard van het vermogen en het belang van de begunstigde. In het Anglo-Amerikaans recht wordt veelal gesproken over de "fiduciary duty" van de trustee jegens de begunstigde. Verwacht mag worden dat als regel de trustakte hiervan een nadere uitwerking zal behelzen.

Artikel 136

Dit artikel bevat regels voor de duidelijkheid naar buiten, onder erkenning van de beperkingen als vermeld in artikel 12 van het Verdrag. De hoedanigheid van trustee impliceert niet een gerechtigdheid ten eigen bate, doch ten bate van een of meer anderen. Door zich te manifesteren als trustee wordt de wederpartij gewezen op het bijzondere karakter van trustee's gerechtigdheid en op de mogelijkheid van beperkingen ten aanzien van zijn beschikkingsbevoegdheid. In het eerste lid is in het algemeen de *bevoegdheid* tot inschrijving gegeven; het tweede en derde lid leggen de trustee een *verplichting* op. Het ontwerp kiest voor optimale transparantie – op zich gaat daarvan een preventieve werking uit en bovendien kan wellicht een derde die weet van het trustverband en van schending door de trustee van zijn verplichtingen daarop worden aangesproken - maar in de trustakte kan worden bepaald dat het trustverband niet naar buiten hoeft te blijken. Schending door de trustee van zijn verplichtingen levert dan uitsluitend een interne "breach of trust" op; zie onder meer artikel 144.

Artikel 137

1. Blijkens artikel 155, eerste lid, vormt het trustvermogen een van het eigen vermogen van de trustee afgezonderd vermogen. Een trustee heeft derhalve twee soorten vermogen, zijn eigen vermogen en het trustvermogen. Het verschil tussen deze twee soorten vermogens ligt in de strekking van die vermogens: het eigen vermogen strekt tot eigen voordeel en nut van de trustee; het trustvermogen echter strekt tot voordeel en nut van de begunstigde. Het eerste lid van het onderhavige artikel 137 verplicht de trustee tot het afgescheiden houden van deze soorten vermogens. Teneinde vermenging te voorkomen is in het derde lid ook de verplichting opgenomen tot het voeren van afzonderlijke administraties. De verplichting om die administratie binnen de Nederlandse Antillen te voeren is niet alleen opgenomen ter bevordering van de werkgelegenheid, maar ook om ondermijning van het vergunningsstelsel te voorkomen in die zin dat voorkomen dient te worden dat de verantwoordelijkheid voor het correct voeren van de administratie aan buitenlandse trustees wordt overgelaten waarop de toezichthouder minder invloed heeft. De bedoeling van deze bepaling is niet om te verbieden dat ook elders, bijvoorbeeld ter plaatse waar diverse delen van het trustvermogen zich bevinden, administratie wordt gevoerd, maar om te bewerkstelligen dat binnen de Nederlandse Antillen de eind-administratie wordt gevoerd, waaruit te allen tijde de samenstelling en de inkomsten van elk trustvermogen dient te blijken. Een uitzondering op de verplichting tot het binnen de Nederlandse Antillen voeren van een afzonderlijke administratie, is gemaakt ten behoeve van investment trusts. De administratie van deze trusts wordt doorgaans in het buitenland

gevoerd.

2. Het derde lid is een regel van regelend recht inzake de vraag of, wanneer en aan wie de trustee rekening en verantwoording moet afleggen. Indien rekening en verantwoording wordt afgelegd is de trustee verplicht transacties te vermelden welke met betrekking tot het trustvermogen mochten hebben plaatsgevonden met een trustee of protector als een eigen belang hebbende wederpartij.

Artikel 138

De tweede volzin van het tweede lid - toegevoegd op aandrang van de Raad van Advies - is ontleend aan artikel 9, eerste lid, van Boek 7 BW. De overige leden behoeven geen toelichting.

Artikel 139

Dit artikel bevat een regel van regelend recht ter bescherming van het trustvermogen. Ook dogmatisch is het een juist uitgangspunt dat de gezamenlijke trustees, als mede-eigenaren, in beginsel slechts tezamen bevoegd zijn; men zie artikel 3:170, tweede en derde lid, BW.

Artikel 140

1. Het eerste lid, van regelend recht (zie artikel 141, eerste lid), geeft aan de trustee uitgebreide bevoegdheden tot handelen. Men vergelijk de in het Anglo-Amerikaans recht bekende "discretionary trust", waarmee een trust bedoeld wordt, waarbij de trustee naar eigen inzicht kan bepalen of en in hoeverre hij het trustinkomen zal uitkeren of accumuleren. Het in onderdeel a bepaalde maakt het mogelijk dat de trust gebruikt wordt als investment trust. De belegger is dan een insteller en begunstigde tegelijk. Ten aanzien van het in onderdeel b bepaalde wordt ten deze verwezen naar artikel 154, eerste lid. Het onder c en d bepaalde is bedoeld om "spendthrift clauses" mogelijk te maken. Op basis van deze bepaling kan de insteller voorkomen dat de begunstigde zijn rechten en aanspraken op toekomstige uitkeringen van inkomen of op het trustvermogen zelf kan overdragen of dat crediteuren van de begunstigde daar aanspraak op maken. Vanzelfsprekend kan de begunstigde over reeds ontvangen uitkeringen vrijelijk beschikken en zijn de reeds ontvangen uitkeringen voor beslag vatbaar. Onderdeel e is bedoeld om een wettelijke basis te geven voor het voldoen aan niet bindende verzoeken, al dan niet in de vorm van in de trustpraktijk gehanteerde "letters of wishes".
2. Het tweede lid maakt het mogelijk om volmacht te geven voor het aangaan of uitvoeren van transacties met een beperkte strekking en duur. Een gevolmachtigde mag een zekere mate van "freies Ermessen" hebben, maar de trustee moet in grote lijnen aangeven waarbinnen en binnen welke tijd de gevolmachtigde kan handelen. Deze beperkingen zijn bedoeld om te voorkomen dat de trustee zijn bevoegdheden aan anderen overlaat of overdraagt. Voorkomen dient te worden dat de trustee de aan hem toekomende

bevoegdheden middels een volmacht aan een derde delegeert. Toegestaan is volmacht te geven aan een mede-trustee, de protector of een derde, zolang die volmacht maar gericht is op de uitvoering van een door de betreffende trustee genomen basis beslissing. Een algehele volmacht of een volmacht voor onbepaalde tijd acht de ondergetekende niet toelaatbaar. Wel daarentegen, een volmacht binnen het kader van een door de betreffende trustee gegeven opdracht of instructie. Deze bepaling staat onder meer het aangaan van overeenkomsten betreffende het beheer, de belegging en herbelegging van het trustvermogen of het voeren van administratie aan personen of instellingen die zich daar beroepsmatig mee bezig houden, niet in de weg.

3. Het derde lid, strekkende ter bescherming van het trustvermogen, behoeft geen nadere toelichting.
4. De functie van trustee is een vertrouwensfunctie en belangenconflicten tussen de trustee en de begunstigen dienen te worden voorkomen en daar waar deze niettemin kunnen ontstaan, op een strikte manier te worden opgelost. Het vierde lid geeft terzake een regel van regelend recht. Een soortgelijke regel voor de protector is opgenomen in artikel 150, vijfde lid.

Artikel 141

1. In het eerste lid is aangegeven dat artikel 140 van regelend recht is.
2. Het tweede lid maakt het mogelijk de bevoegdheden van de in beginsel volledig beschikkingsbevoegde trustee te beperken, bijv. door een voorafgaande toestemming van een ander te eisen; verg. artikel 91 van Boek 5 BW ten aanzien van erfpacht. Deze beperking van de beschikkingsbevoegdheden van de trustee is gerechtvaardigd omdat het trustvermogen niet aan de trustee is gegeven om te strekken tot voordeel of nut van de trustee, doch tot voordeel of nut van de begunstigde. Ter bescherming van het trustvermogen en in het belang van de begunstigde is het van belang dat eventuele beperkingen ook goederenrechtelijk gelden jegens verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid kennen of, mede in verband met het bestaan van het trustregister, geacht worden deze te kennen (derde tot en met vijfde lid).

Artikel 142

Wat betreft dit artikel, zij verwezen naar het slotgedeelte van artikel 11, tweede lid, van het Verdrag.

Artikel 143

Het beginsel, dat de beloning dient te worden voldaan uit het inkomen, is ingegeven ter bescherming van het trustvermogen. Voor het theoretische geval dat de beloning niet in de

trustakte zou zijn vermeld, is een minimum opgenomen. Dit artikel is een regel van regelend recht. In de trustakte mag bepaald worden dat de beloning afhankelijk is van de waarde van het vermogen, al dan niet in combinatie met het inkomen.

Artikel 144

De in het eerste lid beoogde bescherming van het trustvermogen – en indirect de begunstigde – zal in de praktijk worden verminderd door gangbare clausules die de aansprakelijkheid van de trustee beperken. De ondergetekende is echter van mening dat voor de begunstigde de beste bescherming wordt bereikt door middel van het in artikel 134, tweede en derde lid, bepaalde. In beginsel zijn alle in functie zijnde trustees hoofdelijk aansprakelijk. Het tweede lid houdt een disculpatieregeling in, welke geen nadere toelichting behoeft. Ook het derde lid behoeft geen verdere toelichting. De in het vierde lid neergelegde wettelijke beperking van de aansprakelijkheid voor het als trustee handelen is een logisch gevolg van het afgescheiden karakter van het trustvermogen. Op basis van het afgescheiden vermogen hebben de privé-crediteuren van een trustee geen verhaal op het trustvermogen. Omgekeerd kunnen crediteuren van de trustee als zodanig, aan wie kenbaar was gemaakt dat zij met een trustee handelden, zich niet verhalen op het privé-vermogen van de trustee.

Artikel 145

Het neerleggen van de functie van trustee is een aangelegenheid van regelend recht, maar ingeval in de trustakte geen regeling is opgenomen, kan de trustee slechts aftreden ingeval aanblijven in redelijkheid niet geëist mag worden. Het tweede tot en met vijfde lid behoeven geen toelichting. In de trustakte moet een voorziening zijn opgenomen voor het geval dat geen binnenlandse trustee meer in functie is; men zie artikel 130, tweede lid, onderdeel c.

Artikel 146

Iedere opvolgende trustee wordt van rechtswege rechthebbende van het trustvermogen, als een rechtsopvolger onder algemene titel, derhalve met alle rechten en verplichtingen die de defungerende trustee ten aanzien van dat trustvermogen mocht hebben. Door die rechtsovergang van rechtswege is een overdracht niet nodig, onverminderd de voor de praktische uitvoering gegeven regelingen in artikel 138. Het tweede lid legt aan de opvolgende trustee de verplichting op tot openbaarmaking van de nieuwe rechtstoestand. Een nieuw benoemde trustee dient zelf zorg te dragen voor de openbaarmaking in het trustregister van de op hem betrekking hebbende gegevens, voor zover zulks niet aan de notaris is opgedragen, aldus het derde lid.

Artikel 147

Het eerste lid geeft het facultatieve karakter van de functie van protector aan. Indien de trustakte voorziet in de mogelijkheid van de benoeming van een protector dient de trustakte tevens een bepaling in te houden wie bevoegd is de protector te benoemen, aldus het tweede lid. Niet

uitgesloten is de mogelijkheid dat meerdere personen bevoegd zijn tot benoeming van een of meer protectors, met bevoegdheden welke van elkaar kunnen verschillen. In het licht van de in artikel 149, eerste lid, omschreven wettelijke verplichting tot het houden van toezicht, is de incomptabiliteit van de functies van trustee en protector vanzelfsprekend. In dit verband wordt ter vergelijking verwezen naar de onafhankelijkheid van een commissaris bij het uitoefenen van zijn toezichthoudende functie bij een naamloze vennootschap.

Artikel 148

Wat betreft het tweede lid, zij verwezen naar het hiervoor met betrekking tot artikel 147, derde lid, werd opgemerkt. Vanzelfsprekend is de incomptabiliteit van de functies van protector en enig begunstigde. Toezicht houden alleen ten behoeve van zich zelf is zinloos. Zie in dit verband ook artikel 134, vierde lid.

Artikel 149

Indien een protector is benoemd, is het houden van toezicht zijn wettelijke taak. Andere taken zijn facultatief. Deze andere taken mogen niet zodanig zijn dat de protector de facto als trustee fungeert. De protector heeft, evenals de trustee, jegens de begunstigde een "fiduciary duty". Het eerste lid, in verbinding met artikel 151, eerste lid, verplicht de protector tot actief toezicht en zondig tot uitoefening van zijn bevoegdheid tot schorsing van de trustee.

Artikelen 150-152

Men vergelijk de overeenkomstige bepalingen ten aanzien van de trustee. Artikel 150, vierde lid, strekt tot effectuering van de toezichthoudende taak van de protector. In artikel 150, vijfde lid, dient de rechterlijke machtiging niet door de protector, maar door een trustee te worden verzocht. De rechtshandeling dient immers door de trustee of de trustees te worden verricht.

Artikel 153

Blijkens het eerste lid kunnen ook personen die nog niet verwekt zijn begunstigde zijn. Indien de overdracht in trust ten behoeve of mede ten behoeve van de insteller tot gevolg heeft dat schuldeisers zijn benadeeld, kan daartegen op grond van de artikelen 45 tot en met 48 van Boek 3 BW worden opgetreden.

Artikel 154

Het eerste lid, zijnde van regeland recht, maakt het recht van de begunstigde op het inkomen van het trustvermogen, afhankelijk van hetgeen in de trustakte is bepaald of van de eveneens door regeland recht bepaalde bevoegdheid van de trustee tot accumulatie, zoals vermeld in artikel 140, eerste lid, onderdeel b. Het uitgangspunt van het tweede lid is dat de begunstigde over het hem toekomende recht kan beschikken. Ten aanzien van de wijze waarop kan worden beschikt gelden

de algemene regels van vermogensrecht. Het derde lid is een afwijking van het tweede lid en veronderstelt de wens van een insteller dat de toegekende rechten uitsluitend gebruikt kunnen worden voor het doel waarvoor deze zijn toegekend, niet voor betaling van schulden of voor aankopen die voor levensonderhoud of studie niet nodig zijn. Voorts wordt ten deze verwezen naar het bepaalde in artikel 140, eerste lid, onderdelen c en d. Het vierde lid geeft de mogelijkheid de afgelegde rekening en verantwoording te controleren.

Artikel 155

Bij de behandeling van artikel 137 werd reeds verwezen naar het eerste lid van het onderhavige artikel, bepalende dat het trustvermogen een afgescheiden vermogen is. Deze voor de trust essentiële bepaling is een afwijking van artikel 276 van Boek 3 BW, waarin wordt bepaald dat in beginsel ieder met zijn gehele vermogen dient in te staan voor zijn schulden. De rechtvaardiging van deze afwijking door erkenning van het afgescheiden karakter van het trustvermogen, is gelegen in het feit dat de insteller het trustvermogen aan de trustee heeft overgedragen onder de verplichting dit trustvermogen aan te wenden ten behoeve van anderen dan de trustee zelf. Dat trustvermogen strekt niet tot voordeel of nut van de trustee. De trustee heeft zelf geen baat bij zijn trustvermogen. De trustee is eigenaar zonder eigen belang, met plichten jegens de begunstigde en derhalve is het gerechtvaardigd dat de schuldeisers, de echtgenoot en de erfgenamen van de trustee evenmin aanspraken op dat vermogen kunnen doen gelden. De formulering van deze bepaling is grotendeels ontleend aan artikel 11 van het Verdrag.

Artikel 156

Het eerste lid regelt het recht van afscheiding en van het doen afstaan van de goederen jegens de trustee ongeacht de aard van het trustvermogen en ongeacht of de vermenging opzettelijk of door nalatigheid is ontstaan. Het tweede lid betreft de goederenrechtelijke vordering betreffende hetgeen door de trustee in strijd met zijn openbaar gemaakte bevoegdheden of zijn verplichtingen zijn vervreemd. In beginsel zijn alle goederen terugvorderbaar; degene die bewust met de trustee handelt dient diens bevoegdheid te verifiëren in het trustregister. Wel geldt de uit artikel 141 en uit het algemene vermogensrecht voortvloeiende bescherming van verkrijgers die de beschikkingsonbevoegdheid niet kennen of geacht worden deze te kennen. Voorts is denkbaar dat de trustee in beginsel wel beschikkingsbevoegd is, maar dat voor de wederpartij kenbaar is dat de trustee door onder de gegeven omstandigheden te beschikken "in breach of trust" is. Men vergelijk artikel 11, derde lid, onderdeel d, van het Verdrag.

Artikel 157

Het eerste lid, zijnde van regeland recht, gaat uit van de wenselijkheid het trustvermogen zoveel mogelijk in stand te houden. In artikel 143 is dezelfde gedachte neergelegd. Het begrip inkomen kan per trust en per begunstigde verschillend zijn. Denkbaar is dat een begunstigde gerechtigd is de huuropbrengsten te ontvangen uit de aan de trust onderworpen onroerende goederen, terwijl aan een andere begunstigde de renten van banksaldi toekomen. In de trustakte kunnen derhalve

diverse inkomensbegrippen worden gehanteerd. Als regel van regelend recht wordt in het tweede lid verwezen naar het inkomensbegrip als bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de Landsverordening op de inkomstenbelasting 1943.

Artikel 158

Deze bepaling behoeft geen verdere toelichting.

Artikel 159

1. In vele Anglo-Amerikaanse jurisdicties is het traditie dat de trust niet voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Gezien de in dit artikel genoemde gevallen waarin de trust eindigt, is er echter geen goede reden om te verbieden dat een Nederlands-Antilliaanse trust voor onbepaalde tijd wordt ingesteld. Ook stichtingen en naamloze vennootschappen plegen doorgaans voor onbepaalde tijd te worden opgericht.
2. Onderdeel d treedt niet in werking indien, door een voorziening in de trustakte of anderszins, gelijktijdig een nieuwe (in de Nederlandse Antillen wonende of gevestigde) trustee optreedt.
3. Wat betreft onderdeel e, lette men wel op de helingsmogelijkheid vervat in artikel 131.

Artikel 160

Dit artikel van regelend recht bepaalt wat er na het einde van de trust met het trustvermogen dient te gebeuren en aan wie rekening en verantwoording moet worden afgelegd.

Artikel 161

De verplichting tot inschrijving van de trust is opgedragen aan de notaris te wiens overstaan de trustakte is verleden. Publicatie van de trust is een voor instellers en begunstigden zeer gevoelige zaak, maar onze rechtsorde eist openbaarheid waar zulks ter bescherming van derden nodig is. Ten aanzien van de verplicht openbaar te maken gegevens is aansluiting is gezocht bij de voor commanditaire vennootschappen geldende verplichting tot beperkte openbaarmaking. Bij de commanditaire vennootschap behoeven noch de namen van de commanditaire vennoten noch de overeenkomst waarbij die vennootschap wordt aangegaan, openbaar te worden gemaakt.

Bij de trust behoeven uitsluitend de in het tweede lid, onderdeel c, bedoelde gegevens openbaar gemaakt te worden. De trustakte, de naam van de insteller, de naam van de begunstigde en het trustvermogen behoeven dat niet. De in het tweede lid, onderdeel c, bedoelde gegevens zijn vergelijkbaar met die welke in het vennootschapsrecht openbaar dienen te worden gemaakt, voor rechtshandelingen waarvoor het bestuur van een naamloze vennootschap toestemming nodig heeft van de algemene vergadering of van de raad van commissarissen. De in ons vennootschapsrecht voor die gegevens geldende externe werking van de

bevoegdheidsbeperkingen van directeuren zal, blijkens artikel 156, tweede lid, ook ten aanzien van trustee's gelden.

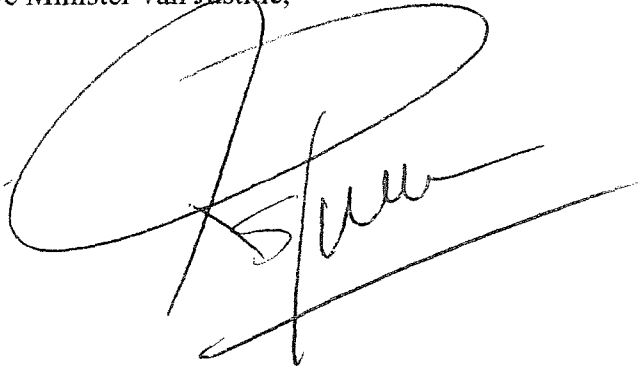
ARTIKELEN II-III

Hier wordt de in artikel 128, derde lid, ten aanzien van de trust gegeven regeling inzake schending van de legitieme portie van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van het testamentair bewind, geregeld in Boek 4 BW, en de stichting particulier fonds, geregeld in de Landsverordening op Stichtingen, bij landsverordening van de 19^{de} oktober 1998 (P.B. 1998, no. 209).

ARTIKEL IV

De datum van inwerkingtreding van de onderhavige landsverordening zal worden vastgesteld bij landsbesluit, zodra omtrent de fiscale consequenties van de invoering van de trust voldoende zekerheid bestaat.

De Minister van Justitie,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'J' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.